

C. Externe Sanierung

I. Sanierungsbeiträge der Gesellschaftsgläubiger

1. Gläubigerhilfen als externe Sanierungsmaßnahmen

- 2.351 Im Rahmen der freien Sanierung wird unterschieden zwischen interner (autonomer) Sanierung und externer Sanierung (dazu oben Rz. 2.16). Bei der externen Sanierung¹ werden **Dritte**, vor allem Gläubiger der GmbH, **in das Sanierungskonzept einbezogen**. Besser ist von **externen Sanierungsmaßnahmen** zu sprechen, denn die typische „externe Sanierung“ ist eine **kombinierte Sanierung**, die sich aus internen und externen Elementen zusammensetzt (auch dazu Rz. 2.17). Wirtschaftlich sind Gläubigerhilfen i.d.R. nur sinnvoll, wenn sie im **Zusammenhang mit anderen Sanierungsmaßnahmen** vorgenommen werden.
- 2.352 Gläubigerhilfen können **individuell oder kollektiv** vereinbart werden. Im letzten Fall kann von einem außergerichtlichen Vergleich gesprochen werden (vgl. dazu auch Rz. 2.361)².
- 2.353 Rechtlich ist im Grundsatz **kein Gläubiger verpflichtet**, einem Unternehmen Forderungen oder Zinsen zu stunden. Es gibt außerhalb des Insolvenzverfahrens **kein Obstruktionsverbot**, auch nicht bei einem außergerichtlichen Vergleich, dem alle übrigen Gläubiger dem Vergleich zustimmen (vgl. zum **Akkordstörerproblem** auch Rz. 2.361)³. Hier liegt ein ganz wesentlicher Unterschied zur Sanierung im Insolvenzplanverfahren.

2. Forderungsstundung (Moratorium)

- 2.354 a) Das **echte Moratorium** ist eine vertragliche **Forderungsstundung**⁴. Das Schuldnerunternehmen vereinbart mit einem oder mehreren Gläubigern, dass die Fälligkeit der Rückzahlung aufgeschoben wird. Üblicherweise wird als **Moratorium** die kollektive Forderungsstundung in Gestalt eines außergerichtlichen Vergleichs bezeichnet⁵. Der sachliche Unterschied ist zwingend, der terminologische nicht. Eine Stundungsvariante ist der so genannte **Ratenvergleich**. Dieser stellt ebenfalls eine Stundung dar, jedoch erfolgt die Bezahlung in vertraglich bestimmten Raten zu aufeinander folgenden Terminen.

1 Von „heterogener Sanierung“ spricht *Hess*, Sanierungshandbuch, 5. Aufl. 2011, Kap. 4 Rz. 19.

2 Dazu etwa *Nerlich/Rhode* in Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 4 Rz. 268 ff.; grundlegend *Künne*, Außergerichtliche Vergleichsordnung, 7. Aufl. 1968.

3 Vgl. BGH v. 12.12.1991 – IX ZR 178/91, BGHZ 116, 319 = ZIP 1992, 191; h.M.; anders *Eidenmüller*, ZHR 160 (1996), 343, 354 ff.

4 *Drukarczyk/Schöntag* in Insolvenzrechts-Hdb., § 3 Rz. 105; *Kobler-Gebrig*, Außergerichtlicher Vergleich, 1987, S. 11; *Künne*, Außergerichtliche Vergleichsordnung, 7. Aufl. 1968, S. 56; *Nerlich/Rhode* in Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 4 Rz. 264; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rz. 1.214 ff.; *Uhlenbruck*, Gläubigerberatung in der Insolvenz, S. 155 ff.

5 Vgl. nur *Drukarczyk/Schöntag* in Gottwald, Insolvenzrechts-Hdb., § 3 Rz. 105; *Nerlich/Rhode* in Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 4 Rz. 265 ff.

b) **Wirtschaftlich** gesehen verwandelt die Forderungsstundung (das Moratorium) kurzfristig fällige Verbindlichkeiten in langfristige Schulden. Die Forderungsstundung verschafft **Spielraum für das Liquiditätsmanagement**. Rechtlich kann es zu einer Aufschiebung oder Aufhebung der Insolvenzantragspflicht (Rz. 11.1 ff.) beitragen. Insofern führt der Stundungs- oder Ratenvergleich zum Aufschub oder zur **zeitweiligen Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit** i.S. von § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO. Gleiches gilt für ein so genanntes **Stillhalteabkommen** (Rz. 2.402 ff.) zwischen dem Schuldnerunternehmen und seinen Gläubigern bzw. einem Hauptgläubiger, dessen Forderung mehr als 10 % der Gesamtverbindlichkeiten ausmacht. Ein erst *nach* Eintritt der Zahlungsunfähigkeit vereinbartes Moratorium beseitigt nicht die Zahlungsunfähigkeit, solange das Schuldnerunternehmen nicht die Zahlungen im Allgemeinen wieder aufnimmt¹. Bezogen auf eine **Überschuldungslage** kann die Stundung zwar **nicht die bilanzielle Überschuldung** beheben, wohl allerdings die Liquiditätsprognose (Rz. 5.140) verbessern und damit zur Behebung einer Überschuldung i.S. von § 19 Abs. 2 InsO beitragen.

2.355

c) Die **Stundung** ist ein Vertrag, der von Rechts wegen formlos, eventuell sogar konkludent, geschlossen werden kann. Eine **verlässliche Sanierungshilfe** kann die aufgeschobene Fälligkeit einer Forderung im Rahmen der Zahlungsunfähigkeitsprüfung allerdings nur gewährleisten, wenn die **Stundung ausdrücklich vereinbart** worden ist². Geduldete Nichtzahlung bzw. geduldete verspätete Zahlung genügt nicht. Durch bloßes Versteckspiel kann das Schuldnerunternehmen eine Stundung nicht erzwingen, auch nicht im Lichte von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Ebenso wenig reicht es aus, dass Gläubiger von fruchtlosen Klagen und aussichtslosen Vollstreckungsmaßnahmen absehen (sog. erzwungene Stundung)³. Das so genannte **Stillhalten von Banken**, also das stillschweigende Stehenlassen von bereits gewährten Krediten ohne deren Kündigung lässt nicht ohne weiteres eine bestehende Zahlungsunfähigkeit des Schuldnerunternehmens entfallen (vgl. auch Rz. 2.402 ff.). Einem regelrechten Stillhalteabkommen kann dagegen Stundungswirkung zukommen (Rz. 2.410 ff.), doch besteht in diesem Fall die Gefahr, dass andere Gläubiger die Zeit nutzen, sich wegen ihrer Forderung vorzugsweise Sicherheiten oder eine Befriedigung zu verschaffen. Teilweise bleiben im Rahmen der Zahlungsfähigkeitsprüfung solche Verbindlichkeiten außer Betracht, bezüglich derer ein Gläubiger sich von vornherein und unbeanstandet mit **Teilzahlungen** zufrieden gibt (Rz. 5.14). Gleiches gilt, wenn Gläubigerbanken die eingeräumten Kreditlinien unbeanstandet überziehen lassen⁴. Die Unternehmensleitung ist jedoch i.d.R. schlecht beraten, wenn sie die **Grauzone zwischen Stundungsvereinbarung und bloßer Gläubigerapathie** bei der Liquiditätsprüfung zu nutzen ver-

2.356

1 BGH v. 25.10.2001 – IX ZR 17/01, BGHZ 149, 101, 109; BGH v. 20.11.2001 – IX ZR 48/01, BGHZ 149, 178, 188; BGH v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, NZI 2007, 36, 37 m. Anm. *Gundlach/Frenzel* = ZIP 2007, 2222, 2224; *Kirchhof* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 17 InsO Rz. 9, 45; *Karsten Schmidt* in Karsten Schmidt, § 17 InsO Rz. 45.

2 So *Uhlenbruck*, 13. Aufl., § 17 InsO Rz. 8; *Schmerbach* in Frankfurter Kommentar zur InsO, § 17 InsO Rz. 15.

3 Vgl. *Schröder* in Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, § 17 InsO Rz. 13c mit Hinweis auf BGH v. 20.12.2007 – IX ZR 93/06, ZInsO 2008, 273.

4 *Kirchhof* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 17 InsO Rz. 11; *Harz*, ZInsO 2001, 194 f.

sucht (vgl. diesbezüglich zum Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit Rz. 5.13f.). Ihre Aufgabe ist es, den schlagartigen Wechsel aus der nur drohenden (§ 18 Abs. 2 InsO) in die akute Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 InsO) abzuwenden.

- 2.357 **d)** Ein vereinbartes **Moratorium** wird zweckmäßigerweise **zeitlich befristet**¹. Gewährt allein die kreditgebende Hausbank zwecks Überwindung der Unternehmenskrise einen Zahlungsaufschub bzw. ein Moratorium, so handelt es sich ebenso wie bei der Stundung von Zinsraten, um einen **Teilvergleich**. Über die **Prolongation von Bankkrediten** sowie die **Stundung von Zins- und/oder Tilgungsraten** durch die kreditgebende Bank vgl. näher Rz. 2.410ff. Bezogen auf den **Zins** ist vertragliche Klarheit geboten. Wird für die Zeit der Stundung ein **Verzicht auf Zinszahlungen** vereinbart, so ist zwischen einer bloßen **Stundung**, die den Zinslauf unberührt lässt, und einem **Verzicht** auf die während der Dauer der Stundung anfallenden Zinsen zu unterscheiden. Im letzten Fall handelt es sich insoweit um einen echten Forderungserlass. Vor einem völligen Zinsstopp über längere Zeit wird mit Recht gewarnt². Er entspricht im Zweifel auch nicht dem Willen beider Vertragspartner.
- 2.358 **e)** Wie immer bei finanzierungsbezogenen Sanierungsmaßnahmen ist auf **Anfechtungsrisiken** zu achten. Eine Forderungsstundung ist zwar als solche nicht gläubigerbenachteiligend³. Aber **Gegenleistungen im Rahmen einer Stundungsvereinbarung** können anfechtbare Gläubigerbenachteiligungen mit sich bringen⁴. So kann die Stundung von Steuerforderungen gegen Abtretung einer Forderung der Gesellschafter nach Auffassung des *BGH*⁵ auch dann eine inkongruente Deckung bewirken, wenn sich die Forderung der Gesellschaft des Schuldners ebenfalls gegen einen Träger hoheitlicher Gewalt richtet.
- 2.359 **f)** Charakteristisch für das Moratorium ist der **Fortbestand der Verbindlichkeit** und damit
- die fortbestehende Passivierungspflicht im Überschuldungsstatus (dazu näher Rz. 5.128ff.) und
 - das Fortbestehen akzessorischer Sicherheiten (dazu Rz. 2.415) und
 - die Anmeldung als Insolvenzforderung im eröffneten Verfahren (§ 41 InsO).
- Steuerrechtlich** generiert die Stundungsabrede keinen schädlichen Buchgewinn nach § 5 Abs. 2a EStG (dazu Rz. 2.647).

3. Forderungsverzicht und Besserungsschein

- 2.360 **a)** Im Gegensatz zur bloß liquiditätswirksamen Forderungsstundung (Moratorium) ist der **Forderungsverzicht** ein geeignetes Mittel, eine **bilanzielle Überschul-**

1 *Nerlich/Rhode* in Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 4 Rz. 265

2 S. *Uhlenbruck*, Gläubigerberatung in der Insolvenz, S. 156.

3 BGH v. 11.1.2007 – IX ZR 31/05, BGHZ 170, 276, 279 Rz. 10 = ZIP 2007, 435, 436; *Schäfer* in Kummer/Schäfer/Wagner, Rz. B 464.

4 Vgl. statt vieler *Kayser* in Münchener Kommentar zur InsO, § 129 InsO Rz. 163ff.

5 BGH v. 29.9.2005 – IX ZR 184/04, ZIP 2005, 2025; dazu *Schäfer* in Kummer/Schäfer/Wagner, Rz. D 29.

derung der Gesellschaft zu verringern oder zu beseitigen¹. Der vollständige oder teilweise Forderungsverzicht einzelner oder sämtlicher Gläubiger des Krisenunternehmens stellt einen **Erlassvertrag zwischen Gläubigern und dem Schuldnerunternehmen gemäß § 397 Abs. 1 BGB** dar. Es kann sich bei dem Gläubiger selbstverständlich auch um einen Gesellschafter, bei der erlassenen Forderung um eine Gesellschafterforderung handeln. Da die Forderung mit dem Erlassvertrag erlischt, werden **akzessorische Sicherheiten** frei, und nicht-akzessorische Sicherheiten sind freizugeben (Rz. 2.363). **Bilanziell** führt der Forderungsverzicht zu einem Wegfall der betroffenen Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus mit der Folge, dass die Passivseite entlastet und eine drohende oder schon eingetretene bilanzielle Überschuldung verringert, verhindert oder beseitigt wird. Schon aus Beweisgründen sollte der Erlassvertrag, auch wenn er zwischen dem Schuldnerunternehmen und nur einzelnen Gläubigern zustande kommt, **schriftlich** abgeschlossen werden². Ein **Erlassvertrag** kann auch unter einer **aufschiebenden** oder **auflösenden Bedingung** vereinbart werden (vgl. zur Besserungsabrede sogleich Rz. 2.362). Zur **steuerlichen Behandlung** des sich aus dem Forderungsverzicht ergebenden **bilanziellen Sanierungsgewinns** s. unten Rz. 2.563 ff.

b) Seinem Ziel nach lässt sich **der individuelle und der kollektive Forderungsverzicht** unterscheiden (vgl. schon Rz. 2.352). Der individuelle Forderungsverzicht ist Sache eines (Groß-)Gläubigers oder einzelner Gläubiger, der kollektive Forderungsverzicht betrifft die Gläubigergesamtheit oder eine bestimmte Gläubigergruppe (z.B. Gesellschafter oder Lieferanten oder eine Gruppe von Finanzinstituten). Eine Gläubigergruppe kann in einem solchen Fall – muss dies aber nicht – ein Konsortium bilden³. Das **Akkordstörerproblem** (Rz. 2.353 ff.) tritt auch hier in Erscheinung, hat aber u.U. andere Folgen als sonst. Soll der Forderungserlass sämtlicher Gläubiger im Rahmen eines außergerichtlichen Vergleichs vereinbart werden, kommt der Erlassvertrag im Zweifel nur zustande, wenn **sämtliche Gläubiger dem Vergleich zustimmen**. Scheitert dies an einem „Akkordstörer“, so muss der Vergleich ggf. auch unter den Zustimmenden neu ausgehandelt werden. 2.361

c) Da sich die Gläubiger die Chance einer späteren Befriedigung ihrer Forderungen erhalten und die erhoffte Sanierung nur vorfinanzieren wollen, wird der Forderungsverzicht zweckmäßigerweise mit einer **Besserungsvereinbarung** verknüpft⁴. Als Bedingung der Besserungsabrede wird regelmäßig vereinbart, dass sich die Vermögensverhältnisse des Schuldnerunternehmens in einer vertraglich bestimmten Weise bessern, insbesondere aus durch zukünftige Gewinne frei wer- 2.362

1 Vgl. BGH v. 14.2.1995 – XI ZR 65/94, WM 1995, 695 = ZIP 1995, 574; *Herlinghaus*, Forderungsverzichte und Besserungsvereinbarungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, 1994; *Buth/Hermanns*, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 16 Rz. 47; *Nerlich* in Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 4 Rz. 252 ff.; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rz. 1.218 ff.; *Wittig*, NZI 2001, 169, 170.

2 Vgl. *Herlinghaus*, Forderungsverzichte und Besserungsvereinbarungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, 1994, S. 6; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rz. 1.219.

3 Vgl. *Ulmer/Schäfer* in Münchener Kommentar zum BGB, vor § 705 BGB Rz. 60: Sanierungskonsortium, Stillhaltekonsortium.

4 *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rz. 1.1333.

dendem Vermögen oder aus einem etwaigen Liquidationserlös¹. Der Erlassvertrag steht dann unter der auflösenden Bedingung, dass bei Eintritt der vereinbarten Besserung der Vermögensverhältnisse die Erlasswirkung wieder entfällt². Mit Eintritt der Vermögensverbesserung lebt also die Gläubigerforderung – je nach Vereinbarung ganz oder teilweise – wieder auf³. Zur Vermeidung einer steuer-schädlichen Auflösung der Verbindlichkeit vgl. Rz. 2.660ff.

- 2.363 d) Da die erlassenen **Forderungen erloschen** sind, werden auch bei Vereinbarung eines Besserungsscheins **akzessorische Sicherheiten** frei⁴. Nicht-akzessorische Sicherheiten sind freizugeben⁵. Da erst mit der vertraglich bestimmten Besserung der Vermögensumstände die erlassenen Forderungen wieder aufleben, sind sie bis zu diesem Zeitpunkt nicht zu verzinsen, es sei denn, dass die Parteien ausdrücklich eine andere Abrede treffen⁶. Wird die Freigabe vertraglich ausgeschlossen, so kann es sich nur um ein pactum de non petendo handeln, also um die Vereinbarung einer aufschiebenden Zahlungsbedingung. Im eröffneten Insolvenzverfahren begründen erlassene Forderungen keine Anmeldungs-fähigkeit. Das Scheitern der mit dem Forderungsverzicht verbundenen Sanierungserwartungen lässt sie nicht kraft Gesetzes als Insolvenzforderungen aufleben, denn § 41 InsO ist nicht anwendbar. Eine ausdrückliche Abrede, nach der die Forderung im Fall eines Insolvenzantrags oder im Fall der Verfahrenseröffnung ebenso wie im Fall der Besserung auflebt, wäre als Teil eines Sanierungskonzepts unbrauchbar, weil sie die bilanzielle Überschuldung nicht beheben könnte.

4. Rangrücktritt

- 2.364 a) Als eine Rechtsfigur zwischen dem Erlassvertrag (Rz. 2.360) und der bloßen Stundung (Rz. 2.356) hat sich mehr und mehr der Rangrücktritt etabliert⁷. **Ziel der Rangrücktrittsvereinbarung** ist typischerweise

1 Formulierungsvorschläge bei *Nerlich/Rhode* in Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 4 Rz. 257.

2 Einzelheiten bei *Herlinghaus*, Forderungsverzichte und Besserungsvereinbarungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, 1994, S. 83ff.; *Schrader*, Die Besserungsabrede, 1995; *Wittig*, NZI 2001, 169, 170; *Nerlich/Rhode* in Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 4 Rz. 256f.; *Buth/Hermanns*, Restrukturierung, Sanierung und Insolvenz, § 16 Rz. 34, 47.

3 *Buth/Hermanns*, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 16 Rz. 34; *Nerlich/Rhode* in Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 4 Rz. 256; *Wittig*, NZI 2001, 169, 170; nach Auffassung von *Herlinghaus* (Forderungsverzicht und Besserungsvereinbarungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, 1994, S. 83ff.) stellt die Besserungsvereinbarung ein abstraktes Schuldanerkenntnis dar, „dessen Fälligkeit durch die Besserungsabrede aufgeschoben wird, so dass im Ergebnis von einer Stundungsvereinbarung auszugehen ist“ (S. 182); für eine Einordnung als pactum de non petendo *Schrader*, Die Besserungsabrede, 1995, S. 37ff.

4 *Wittig*, NZI 2001, 169, 170.

5 *Karsten Schmidt*, GmbH 1999, 9, 11; *Wittig*, NZI 2001, 169.

6 Einzelheiten bei *Herlinghaus*, Forderungsverzicht und Besserungsvereinbarungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, 1994, S. 136f. mit Nachweisen von Rechtsprechung und Literatur.

7 Dazu umfassend *Fleischer*, Finanzplankredite und Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht, 1995; *Chr. Mayer*, Der vertragliche Nachrang von Forderungen, 2007; *Röbricht* in VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2001, S. 16ff.; *Teller/Steffan*, Rangrück-

- die Abwehr oder Beseitigung von Eröffnungsgründen und Insolvenzantragspflichten (§§ 19, 17, 15a InsO)
- bei gleichzeitiger Vermeidung steuerschädlicher Buchgewinne (vgl. § 5 Abs. 2a EStG und dazu Rz. 2.648 ff.).

Aus diesen Hauptaufgaben des Rangrücktritts ergibt sich die **Hauptschwierigkeit** seiner richtigen Formulierung, nämlich die **Tiefe des Rangrücktritts**¹. Dieser

- muss einerseits eine ausreichende Tiefe haben, um die bilanzielle Überschuldung der Gesellschaft zu vermeiden, also die **Nicht-Passivierung der Verbindlichkeit im Überschuldungsstatus** zu erlauben,
- darf aber andererseits nicht durch seine Tiefe die **Passivierung in der Steuerbilanz** ausschließen, darf also m.a.W. keinen Buchgewinn generieren.

Die erste Frage ist eine solche des § 19 Abs. 2 InsO, die zweite eine solche des § 5 Abs. 2a EStG (dazu Rz. 2.648 ff.). Zu beiden Fragen gibt es eine umfangreiche, nicht immer vollständig konsistente **Rechtsprechung der Zivil- und Finanzgerichte**², auf die die Handbücher mit immer neuen **Formulierungsempfehlungen** reagiert haben³. Die Befolgung solcher Empfehlungen kann im Optimierungsinteresse, insbesondere zur Ausschöpfung steuerrechtlicher Optionen von Nutzen sein. Sie bindet aber Kraft und Arbeitszeit, ohne doch letzte und dauernde Sicherheit zu versprechen. Oberstes Ziel der Rechtsprechung sollte deshalb das Bestreben sein, den im auf Rechtstreue gerichteten Interessen der Beteiligten durch **Auslegung unspezifizierter Rangrücktrittserklärungen** einen Sinn beizugeben, der die Passivierung im Überschuldungsstatus ohne steuerrechtlich nachteilige Rechtsfolgen ohne übermäßigen Gestaltungsaufwand vermeidet⁴, denn die Sorgfalt der Geschäftsführungsorgane ist in der Krise typischerweise auf andere Ziele gerichtet als auf die Wahl zwischen streitenden Formulierungsvorschlägen. Das sogleich zu behandelnde **BGH-Urteil vom 5.3.2015**⁵ ebnet den Weg zu einer interessengerechten Auslegung. Ein ohne akademischen Gestaltungsaufwand formulierter Rangrücktritt unterliegt einer interessengerechten Auslegung, und für diese hilft überdies § 39 Abs. 2 InsO. Die funktionsgerechte Auslegung auch unspezifizierter Rangrücktrittserklärungen ist als eine „Bringschuld“ der Gerichtspraxis gegenüber der Geschäftsführungs- und Sanierungspraxis bezeichnet worden⁶.

trittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH, 3. Aufl. 2003; *Bitter* in Scholz, vor § 64 GmbHG Rz. 63; *Bitter*, ZIP 2015, 345; *Kablert/Gebrke*, DStR 2007, 227; *Karsten Schmidt* in FS Frotscher, 2013, S. 36; *Karsten Schmidt*, DB 2015, 600; *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901 ff.

1 Zusammenfassend *Karsten Schmidt*, DB 2015, 600 ff.

2 Vgl. namentlich BGH v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 = GmbHR 2001, 190 m. Komm. *Felleisen*; BFH v. 10.11.2005 – IV R 13/04, BStBl. 2006, 2037 = GmbHR 2006, 158 m. Komm. *Hoffmann* = ZIP 2006, 249 m. Anm. *Kablert*; BFH v. 30.11.2011 – I R 100/10, BStBl. II 2012, 232 = ZIP 2012, 570; dazu *Berg/J. Schmidt*, GmbHR 2012, 408; *Weitemeyer*, GmbHR 2006, 270.

3 Vgl. nur *Kablert* in Kübler, HRI, § 57 Rz. 211 ff.

4 *Karsten Schmidt* in FS Frotscher, 2013, S. 535 ff.; *Karsten Schmidt*, DB 2015, 600 ff.

5 BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = GmbHR 2015, 472 m. Komm. *Farian* = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*; eingehend dazu *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901 ff.

6 *Karsten Schmidt*, DB 2015, 600 ff.

2.366 b) Abgesehen von diesem Balanceakt hat die Rangrücktrittsvereinbarung trotz ihrer vielfältigen Verwendung in der Praxis eine Reihe bis heute umstrittener **Rechtsfragen** aufgeworfen¹:

- **1. Frage:** Um welche Art Rechtsgeschäft handelt es sich? (Rz. 2.367)
- **2. Frage:** Besteht Vertragsfreiheit über den Inhalt des Rangrücktritts? (Rz. 2.368)
- **3. Frage:** Ist der Rangrücktritt für die Vermeidung einer bilanziellen Überschuldung notwendig? (Rz. 2.369)
- **4. Frage:** Welches ist die hierfür gebotene Rangtiefe? (Rz. 2.370)
- **5. Frage:** Genügt die dem Rangrücktritt nach § 39 Abs. 2 InsO beigegebene Wirkung im eröffneten Insolvenzverfahren, oder muss dem Rangrücktritt darüber hinaus eine vorinsolvenzliche Wirkung zukommen? (Rz. 2.371)
- **6. Frage:** Wie lange hält der Rangrücktritt an? (Rz. 2.372)
- **7. Frage:** Unterliegt der Rangrücktritt der freien Aufhebung durch die Vertragsparteien (Gläubiger und Gesellschaft) und lässt er vielleicht sogar eine dem Rangrücktritt zuwiderlaufende Zahlung an den Gläubiger ohne Aufhebung der Rangrücktrittsabrede zu? (Rz. 2.373)
- **8. Frage:** Welche Folgen hat eine vor der Zeit erfolgte Zahlung auf die zurückgetretene Verbindlichkeit? (Rz. 2.374f.)

2.367 aa) Die **erste Frage** (Rz. 2.366) nach der rechtlichen **Einordnung der Rangrücktrittsvereinbarung** ist umstritten. Sicher ist, dass es um einen **Vertrag** und nicht nur um eine einseitige Erklärung des Gläubigers handelt². Doch kann der Vertrag nach § 151 BGB durch schlichte Billigung einer Rangrücktrittserklärung des Gläubigers seitens der Geschäftsführung zustande kommen. Das **Meinungsbild über die Rechtsnatur des Vertrags** reicht von einem bloßen **pactum de non petendo**³ bis hin zu einem die Forderung „dinglich“ ändernden **Schuldabänderungsvertrag** als Verfügungsgeschäft⁴, während eine Einordnung als auflösend bedingter Erlassvertrag⁵ nicht mehr vertreten wird. Der Bundesgerichtshof⁶ und mit ihm die h.M.⁷ lehnt die Einordnung als bloßes pactum de non petendo ab, weil diese Rechtskonstruktion dem nötigen und auch von den Parteien intendierten Gläubigerschutz nicht gerecht werde. Für die Praxis ist die rechtsdogmatische Einordnung des Vertrags weniger wichtig als das daraus sprechende Verständnis der eintretenden Wirkungen. Beides steht aber in engem Zusammenhang, und dieser legt die Annahme eines pactum de non petendo nahe (vgl. Rz. 2.371).

1 Ausführlich *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901 ff.

2 *Hirte* in Uhlenbruck, § 39 InsO Rz. 54.

3 Vgl. *Karsten Schmidt/Herchen* in *Karsten Schmidt*, § 19 InsO Rz. 35; zusammenfassend *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 907, 909 m.w.N.; s. auch *Hirte* in Uhlenbruck, § 39 InsO Rz. 53; *Martinek/Omlor*, WM 2008, 617, 620.

4 BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, GmbHR 2015, 472 m. Komm. *Farian* = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*, mit Angaben zur h.M. in Rz. 2.32; so statt vieler auch *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, § 42 GmbHG Rz. 49; *Knobbe-Keuk*, ZIP 1983, 127, 129; *Peters*, WM 1988, 685, 689; *Habersack*, ZGR 2000, 384, 403; *Wüttig*, NZI 2001, 169, 170; *Hoos/Köhler*, GmbHR 2015, 729, 731.

5 So noch *Priester*, DB 1977, 2429, 2432 ff.

6 BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = GmbHR 2015, 472 m. Komm. *Farian* = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*.

7 Zusammenfassend *Hoos/Köhler*, GmbHR 2015, 729, 731.

bb) Der **Inhalt der Rangrücktrittsvereinbarung (Frage Nr. 2, Rz. 2.366)** ist ganz dem **Parteiwillen** überlassen, aber er ist, wie das **Grundlagenurteil des Bundesgerichtshofs vom 5.3.2015**¹ zeigt, durch gesetzliche Mindestanforderungen an einen insolvenzvermeidenden Rangrücktritt geprägt². Dieser sich aus zwingendem Recht ergebende Hintergrund ist für die Auslegung einer Rangrücktrittsabrede von höchster Bedeutung, weil ein für die mit ihm verbundenen Ziele nicht erreichender Rangrücktritt, wenn auch nicht unwirksam, so doch wertlos ist. Dies ändert aber nichts am **Primat der Vertragsfreiheit**. Das gilt z.B. auch für die Frage nach **Zinslauf und Zinsleistungen** unter dem Rangrücktritt. Der **Zinslauf** wird, weil die Verbindlichkeit als solche vom Rangrücktritt unberührt bleibt, vorbehaltlich anderer Vereinbarung weder unterbrochen noch aufgeschoben. Die sich hieraus ergebenden **Zinsforderungen** sind aber im Zweifel vom Rangrücktritt mit erfasst³. Es empfiehlt sich allerdings, dies – wie im Fall des BGH-Urteils vom 5.3.2015⁴ – ausdrücklich klarzustellen, denn zwingend ist auch diese durchaus sinnvolle Rechtsfolge in Anbetracht der Vertragspraxis nicht.

2.368

cc) Die **dritte Frage (Rz. 2.366)**, gerichtet auf die **Notwendigkeit des Rangrücktritts für die Nicht-Passivierung der Verbindlichkeit im Überschuldungsstatus**, ist leicht zu beantworten (vgl. schon Rz. 2.177). Sie war ehemals für (kapitalersetzende) Gesellschafterdarlehen, die nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO schon vor dem MoMiG kraft Gesetzes als Insolvenzforderungen nachrangig waren, umstritten⁵. Noch unter dem damals geltenden Recht hatte aber das Urteil BGHZ 146, 264 = ZIP 2001, 235 vom 8.1.2001 treffend entschieden⁶, dass für die Eliminierung der Verbindlichkeit aus dem Insolvenzstatus auf den Rangrücktritt nicht verzichtet, die Verbindlichkeit also nicht einfach unter Hinweis auf den gesetzlichen Nachrang auf der Passivseite weggelassen werden kann⁷. Das gilt nach § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO ausdrücklich auch nach dem Inkrafttreten des MoMiG⁸. Ob dasselbe für Drittgläubiger gilt, die nicht Gesellschafter sind, war vor dem Urteil vom 5.3.2015 Gegenstand einer überflüssigen Diskussion⁹. Die Frage ist ohne gesetzliche Klarstellung eindeutig zu bejahen. Ein Gegenschluss aus § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO ist von vornherein nicht möglich, weil sich diese Bestimmung nur mit Verbind-

2.369

1 BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = GmbHR 2015, 472 m. Komm. *Farian* = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*.

2 *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 903 ff.

3 Vgl. m.w.N. BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, Rz. 17, BGHZ 204, 231 = GmbHR 2015, 472 m. Komm. *Farian* = ZIP 2015, 638, 639 f. m. Anm. *Bitter/Heim*, insbes. S. 647.

4 BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, Rz. 17, BGHZ 204, 231 = GmbHR 2015, 472 m. Komm. *Farian* = ZIP 2015, 638, 639 f. m. Anm. *Bitter/Heim*, insbes. S. 647; insofern war hier, anders als vom BGH dargestellt, nichts auszulegen, vgl. *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 905.

5 Gegen die Notwendigkeit eines Rangrücktritts OLG München v. 8.7.1994 – 3 Ws 87/94, NJW 1994, 3112 = GmbHR 1995, 458; *Fleischer*, Finanzplankredite, S. 335 ff.; *Lutter*, ZIP 1999, 641, 645.

6 Dazu auch 4. Aufl. (*Wittig*) Rz. 2.262; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 18 III 2, S. 528.

7 BGH v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 = ZIP 2001, 235 = GmbHR 2001, 190 m. Komm. *Felleisen*.

8 Der Regierungsentwurf des MoMiG hatte dies noch für überflüssig gehalten, indessen zu Unrecht, vgl. *Karsten Schmidt*, BB 2008, 461 gegen BR-Drucks. 354/07, S. 536, 544.

9 Meinungsbild bei *Bitter* in Scholz, vor § 64 GmbHG Rz. 69; *Bitter/Raubut*, ZIP 2014, 1005, 1012 ff.

lichkeiten befasst, die kraft Gesetzes nachrangig sind und deshalb die Frage aufwerfen, ob sie auch unter den Passiva im Überschuldungsstatus nichts zu suchen haben. Diese vor dem MoMiG den Gerichten überlassene Frage ist in der Vorschrift geklärt. Für Drittforderungen ist selbstverständlich, dass sie, soweit nicht erlassen, nur durch Rangrücktritt aus dem Überschuldungsstatus eliminiert werden können¹. Es bedarf hierfür keiner analogen Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO². Der Rangrücktritt ist und bleibt unentbehrlich.

2.370 **dd)** Die auf die **gebotene Rangtiefe** zielende **vierte Frage** (Rz. 2.366) ist de lege lata gleichfalls leicht zu beantworten. Der BGH hatte vor dem MoMiG – zu weitgehend³ – einen „qualifizierten“ Rangrücktritt in den Rang statutarischen Eigenkapitals verlangt⁴. Heute lässt § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO den in **§ 39 Abs. 2 InsO** beschriebenen Nachrang nach den gesetzlich nachrangigen Insolvenzverbindlichkeiten genügen, um die Passivierung der Verbindlichkeit im Überschuldungsstatus zu vermeiden. Das ist eine entschiedene Entlastung der Vertrags- und Sanierungspraxis, denn ausweislich der in § 39 Abs. 2 InsO enthaltenen Auslegungsregel ist eine Präzisierung im Vertrag nicht einmal mehr erforderlich (vgl. über den unspezifizierten Rangrücktritt schon Rz. 2.365). Eine vertragliche Gleichstellung mit den Verbindlichkeiten nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, was durchaus plausibel wäre, genügt nach dem klaren Gesetzeswortlaut dagegen nicht.

2.371 **ee)** Gleichfalls leicht zu beantworten ist die **fünfte Frage** (Rz. 2.366) nach den vorinsolvenzlichen Wirkungen des Rangrücktritts. Sie war verwunderlicherweise vor dem BGH-Urteil vom 5.3.2015⁵ umstritten⁶. Aber die **Notwendigkeit einer vorinsolvenzlichen Wirkung** ergibt sich vernünftigerweise von selbst, wenn die Passivseite des Überschuldungsstatus entlastet werden soll⁷. Eine auf den Rang der Forderung im Insolvenzverfahren beschränkte **Rangrücktrittsvereinbarung** bewirkt als solche zunächst nicht mehr, als dass die von ihr betroffene Forderung im Insolvenzfall ohne besondere Aufforderung nicht als Insolvenzforderung angemeldet (§ 174 Abs. 3 InsO) und im Rang sogar noch nach den Forderungen nach § 39 Abs. 1 InsO berücksichtigt wird (§ 39 Abs. 2 InsO). Aber ein Rangrücktritt, der nicht schon vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wirkt, kann eine überschuldungsfreie Fortführung des Unternehmens nicht gewährleisten, die Fortführung ohne Insolvenzantrag also nicht legalisieren. Ob diese praktisch unerlässliche Vereinbarung einen vom Rangrücktritt zu unterscheidenden separaten Vertrag bildet⁸, ist eine eher akademische Frage⁹. Jedenfalls ist die Vorwirkung des

1 Karsten Schmidt, ZIP 2015, 901, 903.

2 A. M., jedoch im praktischen Ergebnis nicht anders als der Text, Bitter/Heim, ZIP 2015, 644, 645 m.w.N.

3 Zusammenfassend Karsten Schmidt, DB 2015, 600, 601 f.

4 BGH v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 246 = ZIP 2001, 235 = GmbHR 2001, 190 m. Komm. Felleisen.

5 BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = GmbHR 2015, 472 m. Komm. Farian = ZIP 2015, 638 m. Anm. Bitter/Heim.

6 Verneinend z.B. Adolff in FS Hellwig, 2010, S. 433, 441; Kablert/Gebroke, DStR 2010, 227, 229.

7 Vgl. Bitter in Scholz, vor § 64 GmbHG Rz. 65 f.; Karsten Schmidt/Herchen in Karsten Schmidt, § 39 InsO Rz. 22; Haas, DStR 2009, 326, 327.

8 So Bitter/Raubut, ZIP 2014, 1005, 1013 ff.; Bitter, ZIP 2015, 345, 346.

9 Karsten Schmidt, ZIP 2015, 901, 904.

Rangrücktritts, wenn die Passivierung im Überschuldungsstatus vermieden werden soll, unerlässlich und deshalb konkludent miterklärt. Der Rangrücktritt begründet eine **Durchsetzungssperre**¹, berechtigt also den Geschäftsführer, die Zahlung auf die im Rang zurückgetretene Schuld zu verweigern. Dazu passt die Einordnung der Vereinbarung als pactum de non petendo (zur Frage, ob auch ein Zahlungsverbot daraus folgt, vgl. Rz. 2.373, 5.130).

ff) Die **sechste Frage** (Rz. 2.366), nämlich die nach der **Dauer der Durchsetzungssperre**, sollte im Rangrücktrittsvertrag möglichst genau geklärt werden. Fehlt es daran, so ergibt die Auslegung des Vertrags, dass die Durchsetzungssperre jedenfalls so lange anhält, wie dies zur Abwehr der Insolvenzantragspflicht erforderlich ist. Die Forderung wird, falls dies nicht genauer geregelt ist, erst wieder durchsetzbar, wenn die Gesellschaft weder bilanziell überschuldet ist noch durch die Zahlung in Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit geriete. Dies ist die Mindestwirkung, ohne die keine überschuldungsvermeidende Wirkung möglich ist (Rz. 2.371). Im Fall des BGH-Urteils vom 5.3.2015 hatten die Parteien die Sperrwirkung sogar andauern lassen, solange durch die Zahlung eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit „zu entstehen droht“. Zu einer solchen Erweiterung durch klarstellende Besserungsklausel ist entschieden zu raten. Sie erlaubt es der Geschäftsführung, sich bei andauernder Krise schützend vor die Gesellschaft und deren Gläubiger zu stellen.

gg) Abzulehnen ist dagegen – dies zur **siebenten Frage** (Rz. 2.366) – das vom BGH in dem Urteil vom 5.3.2015 aus dem Rangrücktritt abgeleitete **Zahlungsverbot**². Der BGH leitet dies teils aus dem Verfügungscharakter des Rangrücktrittsvertrags her, teils folgert er dessen zwingende Wirkung zugunsten Dritter (§ 328 BGB), nämlich aller gegenwärtigen und künftigen Gesellschaftsgläubiger³. Gegen diese Annahme bestehen rechtsdogmatische **Einwände**, vor allem aber Einwände aus dem **Grundverständnis des Rangrücktritts** (Rz. 5.130, 5.137). Mit diesem will das Management sich selbst vor dem Vorwurf der Insolvenzverschleppung und das Unternehmen vor einem vermeidbaren Insolvenzantrag schützen, aber nicht den Gläubigern unentziehbare Rechte einräumen⁴. Die Rangrücktrittsvereinbarung setzt die Geschäftsführung in stand, sich gegenüber der Forderung schützend vor die Gesellschaft und ihre Gläubiger zu stellen, zwingt aber weder sie noch die Gesellschaft dazu. Dem Gläubigerschutz dient die Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO (Rz. 11.1 ff.). Geschäftsführer, die von dem sich aus dem Rangrücktritt ergebenden Leistungsverweigerungsrecht keinen Gebrauch machen und die Überschuldungsabwendung durchqueren, können diesen gesetzlichen (!) Schutz zu spüren bekommen⁵. Sie machen sich auch nach § 43 GmbHG schadensersatzpflichtig, wenn sie diese Abwehrmöglichkeit gegen den Willen der Gesellschafter missachten. Ein dem § 30 GmbHG entsprechendes Zahlungsverbot ergibt sich dagegen nicht aus der

1 So mit unterschiedlichen Begründungen *Bitter* in Scholz, vor § 64 GmbHG Rz. 65; *Bitter*, ZIP 2015, 345, 346; *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 904.

2 *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 907 ff.; wie der BGH aber *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644 ff.; *Hoos/Köhler*, GmbHR 2015, 729, 731 f. (unter bloßer Wiederholung der Entscheidungsgründe).

3 Vgl. BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, Rz. 26 ff., BGHZ 204, 231 = GmbHR 2015, 472 m. Komm. *Farian* = ZIP 2015, 638, 641 f. m. Anm. *Bitter/Heim*.

4 Eingehend *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 908 ff.

5 Vgl. *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 907 ff.

bloß zweiseitigen Rangrücktrittsvereinbarung zwischen der Gesellschaft und ihrem Gläubiger. Das gilt für Gesellschaftergläubiger ebenso wie für Drittgläubiger. Eine vom bloßen Rangrücktritt zu unterscheidende Frage ist, ob durch **Konsortialvereinbarungen unter den Gesellschaftern** eine dem früheren Eigenkapitalersatzrecht und damit dem § 30 GmbHG entsprechende Finanzplanbindung von Mezzaninkapital herbeigeführt werden kann (vgl. Rz. 2.79 ff.).

2.374 **hh)** Auch die **Rechtsfolgen einer vorzeitigen Zahlung** (dies ist die **achte Frage**, Rz. 2.366) sind andere als vom BGH angenommen. Der BGH lässt den Empfänger einer vor dem Eintritt des Besserungsfalls geleisteten Zahlung

- aus § 812 BGB als Empfänger einer nicht geschuldeten Leistung und
- aus § 134 InsO aus Schenkungsanfechtung haften.

2.375 Diese **harte Konsequenz einer „Verletzung“ des Rangrücktritts** hat Zustimmung gefunden¹, aber schwerlich mit Recht. Für beide Ansprüche fehlen die Grundlagen². Die angebliche Rechtsgrundlosigkeit der Zahlung dient dem BGH im Wesentlichen zur Begründung einer anfechtungsrechtlichen Unentgeltlichkeit der Leistung. Die Annahme, es handle sich um die Zahlung auf eine Nichtschuld, widerspricht der durchaus richtigen Einschätzung, dass der Rangrücktritt die Gesellschaftsschuld als solche unberührt lässt, und lässt sich auch mit dem angeblichen Zahlungsverbot (Rz. 2.373) nicht begründen. Wer auf eine im Rang zurückgetretene Schuld zahlt, zahlt im Sinne von § 813 Abs. 2 BGB auf eine betagte Verbindlichkeit und deshalb nicht ohne Rechtsgrund. Die Behandlung des Vorgangs als unentgeltlich i.S. von § 134 InsO ist demgegenüber nicht a limine zurückzuweisen, doch bleibt die Annahme, dass eine in beiderseitiger Kenntnis des Sachverhalts vorgenommene inkongruente Deckung (§ 131 InsO) ohne Weiteres anfechtungsrechtlichen Schenkungscharakter erhält und nach § 134 InsO anfechtbar ist, schwer begründbar³. Den Vorzug verdient – auch im Vergleich mit dem gesetzlichen Rangrücktritt bei Gesellschafterdarlehen – eine **analoge Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO**⁴. Die Frage hat praktische Bedeutung gerade auch für Gesellschafterdarlehen. Die vorzeitige Rückführung eines nach § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO durch Rangrücktritt zurückgetretenen (Gesellschafter-)Darlehens bzw. die Zahlung entsprechender Zinsen kann nach der BGH-Lösung noch angefochten werden, wenn vor Ablauf von vier Jahren das Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen beantragt wird, während bei Anwendung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Anfechtung binnen Jahresfrist verfristet. Man mag diese Frist rechtspolitisch als zu kurz ansehen⁵, aber sie ist geltendes Recht. Und wer zur Überschuldungsabwendung im Rang zurücktritt, hat nicht ohne Weiteres eine schlechtere Behandlung verdient als ein kraft Gesetzes nachrangiger Gesellschaftergläubiger, denn diese Gleichstellung ist – wenn man von dem nur akademisch relevanten Rangunterschied zwischen § 39 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2 InsO absieht – Inhalt und Botschaft des Rangrücktritts.

1 Vgl. nur *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 645 f.; *Bork*, EWiR 2015, 219, 220; *Farian*, GmbHR 2015, 478, 479 f.; *Hoos/Köbler*, GmbHR 2015, 729, 734.

2 Vgl. neuerlich *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 907 ff.

3 *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 910.

4 *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 910 f.

5 *Bitter* in Scholz, Anh. § 64 GmbHG Rz. 130; *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 648.

5. Konsequenzen für Vertragsgestaltung und Liquiditätsmanagement

a) Im **Wettbewerb der Gläubigerhilfen** (Rz. 2.351 ff.) gebührt in den meisten Fällen dem bloßen **Rangrücktritt** der Vorzug. Weitergehende Vereinbarungen (Stundung und Erlass) können ihren Wert für sich haben, wollen aber genau überdacht sein. 2.376

b) Die **Formulierung von Rangrücktrittsvereinbarungen** kann mit großem Raffinement aus Handbuchvorschlägen abgelesen werden, die aber mit den wechselnden Entscheidungen des BGH und des BFH Jahr um Jahr wechseln¹. Die **Reaktion auf das Urteil vom 5.3.2015²** könnte – sollte aber nicht! – dazu führen, die in diesem Urteil angenommenen Regeln einschließlich des Zahlungsverbots möglichst genau im Rangrücktrittsvertrag abzubilden. Eine solche Vertragspraxis würde die Ergebnisse des Urteils unumkehrbar machen. Dagegen dürfte sprechen, dass die Diskussion noch nicht abgeschlossen, der Standpunkt des BGH nicht in Stein gemeißelt ist. Die entscheidende Hilfeleistung des Urteils für die Praxis besteht in der darin vorgenommenen zweckgerichteten **Auslegung von Rangrücktrittsvereinbarungen** (Rz. 2.365, 2.369). Hierin liegt eine **Chance für den spezifizierten Rangrücktritt** (Rz. 2.365). Gerade deshalb sollten die Einzelheiten des Urteils nicht in den Wortlaut der Klausel aufgenommen und hierdurch zementiert werden. **Detailregelungen** über die Tiefe des Rangrücktritts, wie sie lange Zeit angeraten wurden, sind möglich, wollen aber wohl bedacht sein (auch hierzu Rz. 2.365). Sinnvoll ist dagegen die **Klarstellung**,

- dass Zinsen vom Rangrücktritt mit erfasst sind,
- dass der Rangrücktritt mit einer Durchsetzungssperre einhergeht,
- dass der Rangrücktritt im Besserungsfall erst endet, wenn Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit eindeutig und nachhaltig ausgeschlossen sind.

c) Von Vertragsempfehlungen zu unterscheiden sind **Handlungsempfehlungen**. Für das **Liquiditätsmanagement** ist unbedingt dazu zu raten, den Rangrücktritt wie ein Zahlungsverbot zu behandeln, solange die Gefahr von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nicht überwunden ist. Dies empfiehlt sich

- im Hinblick darauf, dass nach dem Stand der Rechtsprechung ein Zahlungsverbot sogar objektiv und zwingend vorliegt (Kritik dazu in Rz. 2.373),
- auch unabhängig von der Überzeugungskraft des Urteils im Hinblick auf eine drohende Haftung der Gesellschaftsorgane (§§ 43, 64 GmbHG, § 15a InsO).

Strategisch kann hierbei das problematische Urteil vom 5.3.2015³ sogar nützlich sein. Wer als Geschäftsführer von dem im Rang zurückgetretenen Gläubiger gedrängt wird, trotz fortbestehender Krise Teilzahlungen oder Zinszahlungen zu leisten, kann solche Forderungen nicht nur unter Berufung auf die Vereinbarung und auf eigene Geschäftsführerpflichten, sondern auch unter Berufung auf ein beide Teile treffendes vom BGH aus dem Rangrücktritt abgeleitetes Zahlungsverbot zurückweisen. An den gegen das Urteil bestehenden Bedenken ändert dieser eigentlich nur taktische Vorteil nichts. 2.379

1 Kritik bei *Karsten Schmidt*, DB 2015, 600.

2 BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = GmbHR 2015, 472 m. Komm. *Favian* = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*.

3 BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = GmbHR 2015, 472 m. Komm. *Favian* = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*.

II. Debt Equity Swap im Besonderen

1. Der Tatbestand

- 2.380 a) Der **Debt Equity Swap** – auch: Debt to Equity Swap – besteht in der Verwendung von **Forderungen gegen die Gesellschaft als Sacheinlagen** zur Deckung erhöhten Stammkapitals¹. Der Debt Equity Swap ist eine das Aktivvermögen unberührt lassende **atypische Sachkapitalerhöhung**. **Bilanziell** handelt es sich nicht um die Zuführung neuer Aktiva, sondern um einen Umtausch (Swap) von Verbindlichkeiten (Debts) in gezeichnetes Kapital (Equity). Diese Verringerung der Verbindlichkeiten wird dem Zufluss von Aktiven kapitalaufbringungsrechtlich gleichgestellt, und zwar juristisch ebenso wie wirtschaftlich². **Schuldrechtlich** wird die **Erbringung der Sacheinlage** vollzogen durch Abtretung der Forderung an die Gesellschaft (Erlöschen der Forderungen durch Konfusion), durch Forderungserlass oder durch Verrechnung mit dem Einlageanspruch der Gesellschaft³. In jedem Fall handelt es sich um eine **Sacheinlage**, die auch als eine solche im Kapitalerhöhungsbeschluss ausgewiesen sein muss. Die **Einhaltung der Sacheinlagevorschriften** ist essentiell. Werden sie nicht eingehalten, so kann es sich im Verrechnungsfall um eine unzulässige Aufrechnung (§ 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG), sonst je nach Lage des Falls um eine verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG und dazu Rz. 2.50ff.) oder um ein Hin- und Herzahlen handeln (§ 19 Abs. 5 GmbHG und dazu Rz. 2.50ff.)⁴.
- 2.381 b) Der Debt Equity Swap geht nicht selten mit der Strategie des sog. **Distressed Debt Purchase** einher⁵: Ein finanzkräftiger Investor (Gesellschafter oder Nichtgesellschafter) erwirbt einen wesentlichen Teil der gegen die Gesellschaft gerichteten, vielleicht von den Gläubigern schon weitgehend abbeschriebenen Forderungen und bietet der Gesellschaft einen Umtausch der Forderungen in Beteiligungen an. Basis dieses Umtauschs ist auch dann eine **Sachkapitalerhöhung** mit Zulassung des Investors zur Übernahme neuer Geschäftsanteile durch Einbringung des hinreichend genau beschriebenen Forderungspakets. Die Bedeutung dieser schon in den Voraufgaben beschriebenen Praxis⁶ hat offenbar abgenommen.

1 Vgl. zusammenfassend *Krumholz* in Thierhoff/Müller/Illy/Liebscher, Unternehmenssanierung, 2012, Rz. 5/26ff.; *Schlitt/Ries* in Theiselmann (Hrsg.), Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, 2010, Kap. 9 Rz. 16ff.; *Dietmar Schulz* u.a., Restrukturierungspraxis, 2010, S. 183ff.; *Ekkenga*, ZGR 2009, 581; *Ekkenga*, DB 2012, 321; *Koppensteiner* in FS Torggler, Wien 2013, S. 627; *Löbbe* in Liber amicorum Martin Winter, 2011, S. 428; *Maier-Reimer* in VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2011, 2012, S. 107; *Priester*, DB 2010, 1445; *Wiedemann* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1385.

2 *Lieder* in Münchener Kommentar zum GmbHG, § 56 GmbHG Rz. 7; *Priester* in Scholz, § 56 GmbHG Rz. 13.

3 BGH v. 15.1.1990 – II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, 60 = NJW 1990, 982, 985 = AG 1990, 298; BGH v. 4.3.1996 – II ZB 8/95, BGHZ 132, 155 = GmbHR 1996; *Priester* in Scholz, § 56 GmbHG Rz. 14.

4 *Priester* in Scholz, § 56 GmbHG Rz. 15.

5 Dazu etwa *Kestler/Striegel/Jesch*, Distressed Debt Investments, 2006; *Himmelsbach/Achsnick*, NZI 2006, 561, 562; *Redeker*, BB 2007, 673, 676; zur Übernahme der Gesellschaft im Insolvenzplanverfahren nach einem Distressed Debt Purchase vgl. *Karsten Schmidt*, ZIP 2012, 2085.

6 Vgl. 4. Aufl., Rz. 2.225; *Himmelsbach/Achsnick*, NZI 2006, 561, 562; *Redeker*, BB 2007, 673, 676.

c) Der Debt Equity Swap geht **typischerweise mit einer nominellen Kapitalherabsetzung** einher¹. Die Bilanzbereinigung trifft in der Regel nicht nur die den Umtausch vornehmenden Gläubiger (Beteiligung unter dem Nominalwert ihrer Forderungen), sondern auch die Altgesellschafter. Handelt es sich um die Umwandlung von Gesellschafterforderungen, so kann auch das Konzept „Sanieren oder Ausscheiden“ (dazu Rz. 2.37) zum Zuge kommen, wenn nicht alle Gesellschafter zur Übernahme neuer Geschäftsanteile bereit sind.

2.382

d) Dem Debt Equity Swap lediglich verwandt ist der sog. **Debt Mezzanine Swap**². Hier gelten die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht in Eigenkapital umgewandelt, sondern lediglich in Quasi-Eigenkapital: in Genussrechte, atypische stille Einlagen etc. Eine Kapitalerhöhung ist hierfür nicht erforderlich, wie auch schon der erste Schritt in Richtung auf Mezzaninekapital – der Rangrücktritt des Gläubigers – zeigt (vgl. zum Rangrücktritt Rz. 2.364 ff.).

2.383

e) **Kein Debt Equity Swap** ist die Abtretung der **Forderung gegen einen Dritten** als Sacheinlage. Hier gelten die allgemeinen Sacheinlageregeln. Durch die Abtretung wird der Gesellschaft aktivierbares und verwertbares Umlaufvermögen zugeführt. In anderer Richtung vom Debt Equity Swap zu unterscheiden ist der sog. **Debt Asset Swap**, bei dem der Gläubiger gegen Forderungsverzicht Gegenstände des Anlage- oder Umlaufvermögens erhält³. Regelmäßig ist dies eine Verwertungsmaßnahme, die als eine die Gesamtgläubigerschaft beeinträchtigende Maßnahme Anfechtungsrisiken nach §§ 129 ff. InsO ausgesetzt ist. Wird das lebende Unternehmen erworben, so kann es sich allerdings um eine übertragende Sanierung handeln, die jedoch ihrerseits keine Sanierung der Gesellschaft darstellt (dazu Rz. 2.231).

2.384

2. Rechtliche Grundlagen

a) Der Debt Equity Swap ist durch das seit März 2012 geltende Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vor allem ein Thema der Sanierung im Insolvenzplanverfahren geworden (dazu Rz. 2.8 ff.). Nach wie vor zulässig ist aber auch der **Debt Equity Swap als Technik der Sanierung außerhalb eines Insolvenzplans**. Er basiert auf folgenden Elementen:

2.385

- **Kapitalerhöhungsbeschluss** in notarieller Form mit Festlegung des Sacheinlagegegenstands (§§ 55, 56 GmbHG), ggf. auch mit Bezugsrechtsausschluss (vgl. Rz. 2.240) und **Zulassung des (der) Inferenten zur Übernahme** (§ 55 Abs. 2 GmbHG),
- **Übernahmeerklärung(en) des (der) Sacheinleger(s)** in notarieller oder notariell beglaubigter Form mit Festsetzung des Sacheinlagegegenstands (§§ 55 Abs. 1, 56 Abs. 1 Satz 2 GmbHG),
- **Einbringungsvertrag** (Forderungsabtretung bzw. Erlass),

1 Vgl. *Undritz* in *Kölner Schrift zur InsO*, Kap. 29 Rz. 105 ff.; *J. Vetter* in *Münchener Kommentar zum GmbHG*, vor § 58 GmbHG Rz. 86 ff.; *Karsten Schmidt*, *ZGR* 2012, 566, 571.

2 Vgl. dazu *Schlitt/Ries* in *Theiselmann* (Hrsg.), *Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts*, 2010, Kap. 9 Rz. 12 ff., 51 ff.; s. auch bezogen auf Genussrechte *Kablert* in *Kübler*, *HRI*, § 57 Rz. 228.

3 Dazu *Schlitt/Ries* in *Theiselmann* (Hrsg.), *Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts*, 2010, Kap. 9 Rz. 8, 47 ff.

- **Registeranmeldung** mit den durch § 57 GmbHG geforderten Versicherungen und Unterlagen,
- **Sachkapitalerhöhungsbericht** analog § 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG (str.)¹,
- **Eintragung** in das Handelsregister.

2.386 **b) Rechtliche Grundlage** des Debt Equity Swap ist die **Anerkennung aller werthaltigen Gegenstände** – unter Einschluss von Forderungen eines Gesellschafters und vor allem von Forderungen gegen die Gesellschaft – **als taugliche Sacheinlagen**². Auch **nachrangige Forderungen** – z.B. solche aus Gesellschafterdarlehen und Forderungen mit Rangrücktritt (vgl. § 39 InsO) – können als Sacheinlagen dienen³. Hier lag nach der vor dem MoMiG (also **bis 2008**) bestehenden Rechtslage wegen des Eigenkapitalersatzrechts **ein großes Problem**, und zwar sowohl bei der Umwandlung von Gesellschafterdarlehen in haftendes Kapital als auch in Fällen des sog. **Distressed Debt Purchase** (zu diesem vgl. Rz. 2.426). Nach der BGH-Praxis waren eigenkapitalersetzende Gesellschafterforderungen als Sacheinlagen ungeeignet, weil sie in sinngemäßer Anwendung des § 30 GmbHG während der Krise nicht durch Rückzahlung beglichen⁴, also auch nicht für eine Sachkapitalerhöhung verwendet werden konnten⁵. Das bedeutete: Ein Gesellschafter, der bereits mit mehr als 10 % am Stammkapital beteiligt war oder Geschäftsführungsbefugnisse hatte (vgl. § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a.F., nunmehr § 39 Abs. 5 InsO: **Kleinbeteiligungsprivileg**), konnte die Kredite nicht für die Kapitalerhöhung verwenden⁶. Durch das **Sanierungsprivileg** (§ 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a.F., § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO n.F.) bevorzugt war ein Gläubiger, der erst im Zuge der Sanierung Gesellschafter wurde, denn das Privileg befreite auch von der analogen Anwendung des § 30 GmbHG⁷. Wer als **Drittinvestor** durch Debt Equity Swap einstieg, war in dieser Hinsicht im Vorteil⁸.

2.387 **c)** Seit dem **MoMiG von 2008** hat sich diese Einschränkung erledigt (vgl. § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG)⁹. Das Recht der Gesellschafterdarlehen ist kein Hindernis mehr für den Debt Equity Swap. Sie sind von der Umwandlung in haftendes Ka-

1 Meinungsstand bei *Priester* in Scholz, § 56 GmbHG Rz. 38 f.

2 BGH v. 13.10.1954 – II ZR 182/53, BGHZ 15, 52 = NJW 1954, 1842; BGH v. 26.3.1984 – II ZR 14/84, BGHZ 90, 374 = GmbHR 1984, 313; BGH v. 15.1.1990 – II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, 60 = NJW 1990, 982 = AG 1990, 298; BGH v. 18.2.1991 – II ZR 104/90, BGHZ 113, 335, 341 = GmbHR 1991, 255; OLG Brandenburg v. 1.7.1998 – 7 U 17/98, GmbHR 1998, 1033; *Schnorbus* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 56 GmbHG Rz. 3; *Priester* in Scholz, § 56 GmbHG Rz. 13.

3 Vgl. nur *Rotb* in Roth/Altmeppen, § 56 GmbHG Rz. 3a; *Zöllner/Fastrich* in Baumbach/Hueck, § 56 GmbHG Rz. 7; *Priester* in Scholz, § 56 GmbHG Rz. 13; a.M. *Hölzle* in Kübler, HRI, § 31 Rz. 61.

4 Grundlegend BGH v. 14.12.1959 – II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 272 f. = GmbHR 1960, 43.

5 BGH v. 26.3.1984 – II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, 376 = GmbHR 1984, 313; BGH v. 8.7.1985 – II ZR 269/84, BGHZ 95, 188, 191 = GmbHR 1986, 21 zur GmbH & Co. KG; OLG Schleswig v. 14.12.2000 – 5 U 182/98, NZG 2001, 566, 567.

6 BGH v. 26.3.1984 – II ZR 269/84, BGHZ 95, 188, 191 = GmbHR 1986, 21 zur KG; OLG Schleswig v. 14.12.2000 – 5 U 182/98, NZG 2001, 567, 568; *Redeker*, BB 2007, 673, 676.

7 BGH v. 21.11.2005 – II ZR 277/03, BGHZ 165, 106 = GmbHR 2006, 311.

8 Eingehend *Himmelsbach/Achsnick*, NZI 2006, 561 ff.; *Redeker*, BB 2007, 673, 676 f.; *Redeker*, BB 2007, 673, 677.

9 *Priester* in Scholz, § 56 GmbHG Rz. 13; a.M. *Hölzle* in Kübler, HRI, § 31 Rz. 61.

pital ebenso wenig ausgeschlossen wie andere nach § 39 Abs. 1 InsO **nachrangige Forderungen**.

Zweifelhaft ist dies bei **Forderungen mit vereinbartem Rangrücktritt** (vgl. § 39 Abs. 2, § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO), namentlich im Fall einer Unterbilanz. Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in seinem **Grundlagenurteil vom 5.3.2015**¹ entschieden, dass eine mit Rangrücktrittsvereinbarung belegte Forderung gegen die Gesellschafter im Stadium der materiellen Insolvenz einem zwar nur auf Vereinbarung beruhenden, jedoch gleichwohl zwingenden Rückzahlungsverbot unterliegt (dazu auch Rz. 2.373 ff.). Daraus müsste gefolgert werden, dass eine im Rang zurückgetretene Forderung von einem Debt Equity Swap von vornherein ausgeschlossen ist, sobald und solange eine Überschuldung vorliegt. Die Überschuldung könnte durch eine solche Umwandlung nicht behoben werden. Doch sollte die Gesellschaftspraxis, da die Grundannahme des IX. Zivilsenats schwerwiegenden Bedenken ausgesetzt ist (Rz. 2.365 ff.)², dem nicht folgen. Auch die im Rang durch Vereinbarung zurückgetretene Forderung kann jederzeit aus dem Rangrücktritt freigegeben, also auch wirksam beglichen werden und ist demnach nicht a limine untauglich für die Umwandlung in gezeichnetes Kapital. Anderes kann nur für Mezzaninkapital gelten, das – z.B. als atypisch stille Einlage in einer „GmbH & Still“³ oder Quasi-Einlage in einer „Innen-KG“⁴ – bereits wie gezeichnetes Kapital einer virtuellen Kommanditgesellschaft, also nicht als Gesellschaftsverbindlichkeit behandelt wird⁵. Diese Forderungen unterliegen, den Kommanditeinlagen in einer GmbH & Co. KG ähnlich (dazu Rz. 1.59), auch nach dem MoMiG der Kapitalbindung nach § 30 GmbHG⁶ und taugen insoweit nicht als Sacheinlagen. Für einfache Verbindlichkeiten der GmbH, auch aus Gesellschafterdarlehen und auch im Fall eines vereinbarten Rangrücktritts, gilt diese Besonderheit nicht. Sie sind allesamt tauglich für die Umwandlung in haftendes Kapital, was zu einer kapitalmäßigen Bindung führt. Gegen ihre Verwendung für einen Debt Equity Swap kann allerdings neben der geschilderten Rechtsunsicherheit die Vollwertigkeitsfrage sprechen (Rz. 2.390 ff.).

d) Erheblich ist schließlich der **Einfluss des ESUG auf das Recht des Debt Equity Swap**. Nach § 225a Abs. 2 Satz 1 InsO kann seit 2012 im gestaltenden Teil des Insolvenzplans vorgesehen werden, dass Forderungen in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der Schuldnergesellschaft umgewandelt werden, und nach § 254 Abs. 4 InsO können dann aus einer Überbewertung von Forderungen keine Ansprüche geltend gemacht werden (dazu Rz. 2.395). Klarheit muss darüber be-

- 1 BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = GmbHR 2015, 472 m. Komm. *Favian* = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*; dazu *Bork*, EWIR 2015, 219; *Kablert*, DStR 2015, 734; *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901 ff.
- 2 *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 905 ff.
- 3 Vgl. zu dieser *Blawrock*, Handbuch Stille Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, § 21 Rz. 75 ff.; *Schulze zur Wiesche*, Die GmbH & Still, 6. Aufl. 2013, Rz. 8 ff.
- 4 *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2014), 10 ff.; *Karsten Schmidt*, ZIP 2014, 1457 ff.
- 5 Dazu etwa *Fleischer*, Finanzplankredite und Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht, 1995, S. 208 ff.; *Bitter* in Scholz, Anh. § 64 GmbHG Rz. 37 ff.; *Karsten Schmidt*, ZIP 1999, 1241, 1249 f.
- 6 BGH v. 13.2.2006 – II ZR 62/04, GmbHR 2006, 531, 532 = ZIP 2006, 703, 705; *Karsten Schmidt* in Münchener Kommentar zum HGB, § 230 HGB Rz. 171; *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2014), 10, 47.

stehen, dass diese Gesetzesänderungen **ohne direkten Einfluss auf das Recht des Debt to Equity Swap außerhalb eines Insolvenzverfahrens** sind, wohl aber Bedeutung für die strategische **Wahl zwischen der freien Sanierung und dem Insolvenzplanverfahren** haben (dazu sogleich Rz. 2.396).

3. Die Vollwertigkeitsfrage

- 2.390 a) Für den Debt Equity Swap als **Variante der Sachkapitalerhöhung** gelten die allgemeinen Regeln. Das gilt insbesondere für das Gebot der Vollwertigkeit des Sacheinlagegegenstands. Dieses Gebot gilt entgegen einer von namhaften Autoren vertretenen Auffassung¹ auch für den Debt Equity Swap, der m.a.W. keine Einbringung jeder Forderung zum Nennwert gestattet². Das Kapitalgesellschaftsrecht erlaubt nicht die Ausgabe neuer Geschäftsanteile im Tausch gegen eine ihren Wert nicht deckende Sacheinlage. Die erforderliche Vollwertigkeit bezieht sich nicht auf den Nominalwert der Forderung, sondern auf die Höhe der gegen die Forderung eingetauschten Geschäftsanteile (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 5, § 56 Abs. 1 Satz 1 GmbHG): Der Einbringungswert, nicht der Forderungsnennwert, muss gedeckt sein.
- 2.391 b) Im Registerverfahren findet eine **Werthaltigkeitsprüfung** statt, die nach §§ 57a, 9c Abs. 1 Satz 2 GmbHG zur Ablehnung der Eintragung führen kann. Aus diesem Grund scheint, obgleich im Gesetz nicht geregelt, analog § 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG ein **Sachkapitalerhöhungsbericht** geboten (str.)³. Hierauf sollte sich die Praxis einrichten.
- 2.392 c) Eine unentdeckt gebliebene Überbewertung der Forderung macht die eingetragene Kapitalerhöhung nicht unwirksam. Aber die **Differenzhaftung** nach §§ 9, 56 GmbHG im Fall der Überbewertung der eingelegten Forderung findet Anwendung (anders nur im Insolvenzplanverfahren nach § 254 Abs. 4 InsO)⁴. Sie kann nach Maßgabe des bei Rz. 2.41 Ausgeführten über § 24 GmbHG auch die Mitgesellschafter als Ausfallschuldner treffen.

4. Bewertungen und strategische Optionen

- 2.393 a) Jedes Debt-Equity-Swap-Szenario – nicht nur in Fällen des Distressed Debt Purchase – ist **zugleich Ursache und Resultat schwieriger Bewertungsaufgaben** (vgl. schon Rz. 2.63). Um ein gerechtes **Gleichgewicht zwischen den Altanteilen und den Neuanteilen** ohne Verwässerungs- und Trittbrettfahreneffekte zu erzielen, bedarf es einer

1 Cahn/Simon/Theiselmann, DB 2010, 1629; Maier-Reimer in VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2011, 2012, S. 107, 122ff.; Welf Müller in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 835, 843ff.

2 Vgl. nur Priester in Scholz, § 56 GmbHG Rz. 13; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 56 GmbHG Rz. 9; Arnold in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 29ff.; Ekkenga, DB 2012, 331ff.; Kleindiek in FS Hommelhoff, 2012, S. 543, 551ff.; Koppenteiner in FS Torggler, 2013, S. 636ff.; Priester, BB 1987, 208, 209.

3 Vgl. die Angaben bei Priester in Scholz, § 56 GmbHG Rz. 38; anders die wohl h.M.; vgl. Gummert in Henssler/Strohn, § 56 GmbHG Rz. 5; Schnorbus in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 56 GmbHG Rz. 30.

4 Vgl. nur Patrick Schulz, Der Debt Equity Swap in der Insolvenz, 2015, S. 64f., 88; Priester in Scholz, § 56 GmbHG Rz. 15; J. Vetter in Münchener Kommentar zum GmbHG, vor § 58 GmbHG Rz. 88.

- **Bewertung des Unternehmens** und damit der vorhandenen Anteile und einer
- **Bewertung der einzubringenden Forderungen,**

zusätzlich belastet durch die Frage, ob diese Bewertung **going concern oder zu Liquidationswerten** stattfinden soll. Einem natürlichen Interesse der Gesellschafter, das Unternehmen selbst noch bei Sanierungsbedarf hoch zu bewerten, steht ein ebenso natürliches Interesse der Inferenten gegenüber, den Wert des auf den Debt Equity Swap angewiesenen Unternehmens gering anzusetzen, die Werthaltigkeit ihrer gegen die Gesellschaft gerichteten Forderungen jedoch möglichst nah am Nennwert zu belassen. Hier kann sich das Angewiesensein der Gesellschaft auf die Bilanzbereinigung auf der einen und das Differenzhaftungsrisiko der Gläubiger auf der anderen Seite als ein **strategisch ausgleichender Faktor** erweisen, der auf einen wirtschaftlich beiderseits akzeptablen und damit objektiv belastbaren Kompromiss hinwirkt.

b) Unabhängig von den Stakeholderstrategien leidet die Bewertung unter dem krassen Gegensatz der relevanten Bewertungsprämissen, denn das Ergebnis ist offen: Erfolg oder Scheitern? Und je nachdem, welches dieser Ergebnisse sich am Ende verwirklicht, tritt die eine wie die andere Prognose ex post überdeutlich hervor¹:

- Ist die Sanierung erfolgreich, fällt der Blick auf mögliche Fehlbewertungen im nunmehr veränderten Gesellschafterkreis. Selbst unter der Prämisse eines Sanierungserfolgs ist ja – wenn man nicht die Anteile der Altgesellschafter auf null herunterbewertet² – das Wertverhältnis zwischen ihren Anteilen und den durch Forderungsverrechnung von den Gläubigern geleisteten Einlagen nur in Grenzen berechenbar.
- Im Fall eines Scheiterns der Sanierung steht eine persönliche Haftung der vormaligen Gläubiger als Sacheinleger im Raum, weil ihre Forderungen als Sacheinlagen regelmäßig unter der Annahme eines Sanierungserfolgs kalkuliert, aus der rückschauenden Sicht also potentiell überbewertet worden sind.
- In beiden Fällen ist die ex post maßgebliche ex-ante-Prognose, also der im Zeitpunkt der Verrechnung „richtige“ Forderungswert, nur unter Schwierigkeiten feststellbar, die Feststellung deshalb durch Rückschaufehler belastet.

c) Die durch das ESUG geschaffene Sondersituation im Insolvenzplan (Rz. 8.26 ff.) 2.395 besteht im Wesentlichen

- *erstens* in der Bildung neuer Allianzen für die Beschlussfassung (§ 244 InsO),
- *zweitens* im Wirkungsmechanismus des Obstruktionsverbots (§ 245 InsO) und
- *drittens* im Wegfall des gesellschaftsrechtlichen Überbewertungsrisikos der durch Debt Equity Swap beitretenden Gläubiger (§ 254 Abs. 4 InsO).

Es liegt hiernach auf der Hand, dass die **Anreize sowohl bezüglich des Ob als auch des Wie eines Debt Equity Swaps in der freien Sanierung und im Insolvenzplanverfahren** durchaus unterschiedlich sind, denn

¹ Zum Folgenden vgl. *Karsten Schmidt*, ZGR 2012, 566, 574.

² Dafür z.B. *Eidenmüller/Engert*, ZIP 2009, 541, 544f.; *Bitter*, ZGR 2010, 147, 186ff.; *Eidenmüller*, ZIP 2010, 649, 657; *Verse*, ZGR 2010, 299, 319; dagegen aber *Madaus*, ZGR 2011, 749, 756.

- *erstens* tritt an die Stelle der qualifizierten Gesellschaftermehrheit (§ 54 Abs. 2 GmbHG) die in § 244 InsO bestimmte Mehrheit in den beteiligten Stakeholdergruppen,
 - *zweitens* hilft im Obstruktionsfall der implizit in das Verfahren der Planbestätigung eingehende Cram-Down-Effekt des § 245 InsO, der tendenziell zu Lasten opponierender Anteilseigner wirkt,
 - *drittens* ist das bei Rz. 2.393 geschilderte Gleichgewicht der Interessen durch § 254 Abs. 4 InsO zum Vorteil der Gläubiger gestört. Sie können ihr Interesse an einer hohen Bewertung der einzubringenden Forderungen, soweit diese gegenüber den Abstimmungsgruppen und im gerichtlichen Planbestätigungsverfahren durchsetzbar ist, verfolgen, ohne durch Haftungsrisiken eingeschüchtert oder gemäßigt zu werden.
- 2.396 d) Die mit dem ESUG begonnene Praxis wird offenbaren, inwieweit sich unter diesen vollständig veränderten Spielregeln der sanierende **Debt Equity Swap außerhalb des Insolvenzverfahrens** weiter behauptet. Möglicherweise wird sein Hauptanwendungsbereich in der Umwandlung von Gesellschafterdarlehen in haftendes Kapital bestehen, während eine Einbeziehung dritter Investoren eher auf das **Insolvenzplanverfahren** verweist, das ihre Risiken kalkulierbar macht.

5. Besonderheiten bei der GmbH & Co. KG

- 2.397 a) Bei der GmbH & Co. KG geht es um einen **Debt Equity Swap in der Kommanditgesellschaft**¹, vollzogen durch²
- **Herabsetzung der Festkapitalkonten** der Altgesellschafter (nicht zwingend geboten, aber regelmäßig für die Neuverteilung der Kapitalanteile erforderlich),
 - Schaffung neuer bzw. **Aufstockung vorhandener Kapitalanteile** (Festkapitalkonten) und
 - **Zulassung von Gesellschaftsgläubigern** zur Zeichnung junger Kapitalanteile und Leistung von Sacheinlagen durch Forderungseinbringung.
- 2.398 b) Ob hierfür eine einverständliche **Änderung des Gesellschaftsvertrags** erforderlich ist oder ob ein **Mehrheitsbeschluss** ausreicht, richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag und ist ggf. durch Auslegung einer etwa vorhandenen **Mehrheitsklausel** zu ermitteln³. Das vom BGH für die OHG auf der Grundlage der Treupflicht entwickelte Konzept „Sanieren oder Ausscheiden“ (Rz. 2.37)⁴ kann auch hier zur Anwendung kommen (Rz. 2.38).

1 Dazu *Priester* in Scholz, § 58 GmbHG Rz. 95 ff.; ausf. *Karsten Schmidt*, ZGR 2012, 566 ff.

2 Ebd., 573.

3 Vgl. dazu BGH v. 21.10.2014 – II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 = GmbHR 2014, 1303 m. Komm. *Ulrich* = EWIR 2015, 71 (*Priester*); dazu etwa *Wertenbruch*, DB 2014, 2875; *Ulmer*, ZIP 2015, 657; *Schäfer*, NZG 2014, 1401.

4 BGH v. 19.10.2009 – II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 = GmbHR 2010, 32 = NJW 2010, 65 = ZIP 2009, 2289; bestätigend BGH v. 9.6.2015 – II ZR 420/13, ZIP 2015, 1626; dazu *Stephan Schneider*, *Gesellschafter-Stimmpflichten bei Sanierungen*, 2014, S. 282 ff.; *Schäfer* in *Münchener Kommentar zum BGB*, § 707 BGB Rz. 11; *Grunewald* in *FS Roth*, 2011, S. 187 ff.; *Haas*, NJW 2010, 984; *Karsten Schmidt*, JZ 2010, 125 ff.; *Schöne*, ZIP 2015, 501 (krit.).

G. Vorläufige Insolvenzverwaltung

I. Zweck, Erscheinungsformen

Ein Insolvenzverfahren wird eröffnet, wenn ein Insolvenzgrund vorliegt (§ 16 InsO) und – falls kein Kostenvorschuss geleistet wird – die Verfahrenskosten durch das Vermögen des Schuldners gedeckt sind (§ 26 Abs. 1 InsO). Der Eröffnungsgrund ist bei einem Gläubigerantrag nur glaubhaft und bei einem Eigenantrag, wenn ihn alle vertretungsberechtigten Personen einreichen, sogar nur schlüssig vorzutragen (§§ 14f. InsO). Deshalb bedarf es **Zeit für Ermittlungen der Verfahrenskostendeckung¹ und Eröffnungsgründe**, die zur Überzeugung des Gerichts² festzustellen sind. Dazu muss die gesamte Vermögens- und Finanzlage des Schuldners geprüft werden³. Die Ermittlungen erfolgen von Amts wegen. Das Gericht bedient sich regelmäßig des in § 5 Abs. 1 InsO vorgesehenen Sachverständigen, der bei Anordnung einer vorläufigen Insolvenzverwaltung meist auch zum vorläufigen Verwalter bestellt wird. Die Personenidentität von Sachverständigem und Verwalter ist außer in konfliktträchtigen Grenzfällen trotz des Eigeninteresses des Sachverständigen an einer Amtsübernahme sinnvoll, weil dadurch Kosten gespart und die Informationsermittlung konzentriert wird.

Häufig sind Eröffnungsgrund und Verfahrenskostendeckung evident. Zu den Verfahrenskosten gehören nur die in § 54 InsO genannten Positionen, nicht aber auch die mit einer Fortführung oder Stilllegung des Unternehmens notwendigerweise verbundenen Masseschulden⁴. Gleichwohl dauert es in der Praxis bis zur Eröffnungsentscheidung geraume Zeit, weil die Personalkosten für drei Monate vor dem Insolvenzereignis⁵ als Insolvenzgeld gezahlt werden⁶ (zur Vorfinanzierung bis zur Auszahlung s. Rz. 5.381 ff.). Die mit dem Insolvenzantrag auf die Bundesagentur für Arbeit übergehenden⁷ Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer sind nur Insolvenzforderungen (vgl. § 55 Abs. 3 InsO), so dass damit zwar keine Vermögens-, wohl aber ein erheblicher Liquiditätsvorteil verbunden ist, der es rechtfertigt, die Eröffnungsentscheidung auch dann erst nach dem **Ablauf des Insolvenzgeldzeitraums** zu treffen, wenn die Eröffnungsvoraussetzungen schon vorher feststehen⁸. Außerdem verlangen die Insolvenzgerichte regelmäßig, dass der Sachverständige sich nicht nur zu den entscheidungserheblichen Eröffnungsvoraussetzungen äußert, sondern auch zu sämtlichen wesentlichen Bestandteilen der künftigen Insolvenzmasse, um die Befriedigungsaussichten der Gläubiger ab-

1 Sie muss gemäß § 26 Abs. 1 InsO nur „*voraussichtlich*“ und nicht auch sicher gegeben sein, BGH v. 13.4.2006 – IX ZB 118/04, ZIP 2006, 1056.

2 Lt. BGH v. 13.4.2006 – IX ZB 118/04, ZIP 2006, 1056 unter II.2. genügt „*ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit*“.

3 Kirchhof in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 16 InsO Rz. 10.

4 Haarmeyer in Münchener Kommentar zur InsO, § 26 InsO Rz. 15.

5 Insolvenzereignis ist nicht schon der Insolvenzantrag, sondern erst die Entscheidung über die Eröffnung oder Zurückweisung des Eröffnungsantrags (§ 165 Abs. 1 SGB III).

6 Allerdings begrenzt auf die Beitragsbemessungsgrenze (§ 176 Abs. 1 SGB III).

7 § 169 SGB III.

8 AG Hamburg v. 21.1.2014 – 67g IN 428/13, ZIP 2014, 1091; AG Hamburg v. 1.6.2004 – 67g IN 97/04, ZInsO 2004, 630; AG Hamburg v. 1.10.2001 – 67g IN 195/01, ZIP 2001, 1885 m. Anm. Spliedt, EWIR 2001, 1099.

schätzen zu können¹. Dazu gehören die aus der Buchhaltung nicht sofort ersichtlichen insolvenzspezifischen Haftungs- und Anfechtungsansprüche. Schließlich kann gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 3 InsO der Sachverständige mit einer Prüfung der Fortführungsaussichten eines vom Schuldner betriebenen Unternehmens beauftragt werden, was ebenfalls erhebliche Zeit in Anspruch nimmt.

- 5.463 Währenddessen besteht die Gefahr, dass der Schuldner Vermögensgegenstände beiseiteschafft oder für sein späteres Fortkommen wichtige Gläubiger vorab befriedigt oder auch einfach nur „alles auf eine Karte“ setzt, damit er im Erfolgsfall den Insolvenzgrund beseitigen kann. Um eine nachteilige Veränderung in der Vermögenslage zu verhüten, kann das Insolvenzgericht gemäß §§ 21 f. InsO **Sicherungsmaßnahmen** anordnen. Sie müssen nicht zwingend mit der Bestellung eines vorläufigen Verwalters verbunden werden. Zulässig sind auch einzelne Beschränkungen der Befugnisse sowohl des Schuldners als auch der Gläubiger wie beispielsweise ein nur bestimmte Gegenstände betreffendes Verfügungsverbot oder die Untersagung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, ohne dass es eines vorläufigen Insolvenzverwalters bedarf. Umgekehrt ist es lt. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO auch möglich, einen vorläufigen Insolvenzverwalter zu ernennen, ohne dass dies mit Beschränkungen des Schuldners korrespondiert². Er ist dann nur eine Aufsichtsperson mit Redepflichten gegenüber dem Insolvenzgericht und den in § 22 Abs. 3 InsO genannten Befugnissen (Betreten der Geschäftsräume des Schuldners, Einsichtnahme in die Geschäftsunterlagen, Unterstützung vom Schuldner bzw. seiner Organe). In der Praxis sind isolierte Beschränkungen des Schuldners bzw. der Gläubiger oder die Berufung eines vorläufigen Verwalters ohne auf das Schuldnervermögen bezogene Kompetenzen selten. Nur bei erfolgversprechenden Eigenverwaltungsanträgen insbesondere in Verbindung mit einem Schutzschirmverfahren gemäß § 270b InsO wird statt eines vorläufigen Verwalters ein vorläufiger Sachwalter bestellt, dem keine verfügungsbeschränkenden Befugnisse zustehen (Näheres s. Rz. 9.10).
- 5.464 Nachstehend werden die vorläufigen Verwaltungen erläutert, in denen Verfügungsbeschränkungen des Schuldners mit der Bestellung eines vorläufigen Verwalters verbunden werden. In der Praxis am häufigsten ist die sog. „**schwache vorläufige Verwaltung**“, die deshalb so bezeichnet wird, weil der Verwalter nicht oder jedenfalls nicht umfassend verfügungsbefugt ist, während bei der „**starken vorläufigen Verwaltung**“ die Verfügungsbefugnis gemäß § 22 Abs. 1 InsO vom Schuldner auf den Verwalter übergeht. Diese Variante ist weniger verbreitet, weil der Übergang der Verfügungsbefugnis zur Folge hat, dass von dem Verwalter begründete Verbindlichkeiten und vor allem Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen, soweit der Verwalter die Gegenleistung in Anspruch nimmt, im eröffneten Verfahren als Masseverbindlichkeiten zu bedienen sind. Das ist in der Anfangsphase unerwünscht, weil die Erfüllbarkeit noch nicht absehbar ist. Umgekehrt ist auch die „schwache“ vorläufige Verwaltung ohne jegliche Verfügungsbefugnis des Verwalters selten. Am häufigsten ist die hybride Form einer Zustimmungsverwaltung mit partieller Verfügungs- und/oder Verpflichtungsermächtigung („**halbstarke vorläufige Verwaltung**“). Darauf wird nach einer Darstellung der beiden puristischen Grundtypen eingegangen.

1 AG Hamburg v. 1.2.2012 – 67g IN 459/11, ZIP 2012, 339; Checkliste des BAKInsO, NZI 2009, 37 ff.

2 BGH v. 5.5.2011 – IX ZR 144/10, ZIP 2011, 1419 Rz. 48.

II. Anordnung

1. Beschluss von Amts wegen

Die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen erfolgt von Amts wegen (§§ 21 Abs. 1, 5 Abs. 1 InsO) durch gerichtlichen Beschluss. Anträge von Verfahrensbeteiligten sind nur Anregungen¹. 5.465

2. Voraussetzungen

Sicherungsmaßnahmen greifen in das grundrechtlich geschützte Eigentum sowohl des Schuldners als auch des Gläubigers ein². Deshalb darf das Insolvenzgericht sie nur unter **Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots** beschließen³. Als Erstes muss der Insolvenzantrag zulässig sein⁴. Zwar spricht § 21 Abs. 1 InsO von Maßnahmen bis zur Entscheidung über den Insolvenzantrag, ohne zwischen Zulässigkeit und Begründetheit zu differenzieren. Nur ein zulässiger Antrag kann jedoch zu einer Insolvenzeröffnung und damit zu einer künftigen Insolvenzmasse führen, die des Schutzes durch Sicherungsmaßnahmen bedarf. Andererseits folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot auch, dass etwaige Zulässigkeitsmängel gegen das Sicherungsinteresse der Gläubiger abzuwägen sind. Ist zu erwarten, dass die Mängel kurzfristig behoben werden⁵ oder muss eine vorerst nur mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommene örtliche Zuständigkeit gerade bei internationalen Bezügen noch abschließend geklärt werden⁶, sind Sicherungsmaßnahmen gerechtfertigt, müssen aber bei Auftreten zulässigkeithindernder Erkenntnisse unverzüglich aufgehoben werden⁷. 5.466

Als Zweites ist zu prüfen, ob eine **nachteilige Veränderung der Vermögenslage** einzutreten droht. Wegen der Eilbedürftigkeit kann keine Gewissheit verlangt werden. Lt. § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO müssen die **Sicherungsmaßnahmen** nur als **erforderlich** „erscheinen“. Das hängt ab von der Komplexität der Vermögensverhältnisse und insbesondere dem Verhalten des Schuldners oder einzelner Gläubiger. Erfüllt der Schuldner schon die ihm gemäß § 20 InsO obliegenden Mitwirkungspflichten nicht, „erscheint“ eine Sicherungsmaßnahme als erforderlich. Aber auch bei kooperationsbereiten Schuldnern bedarf es häufig der Bestellung eines vorläufigen Verwalters als vertrauensbildende Maßnahme, um eine Geschäftsfortführung zu gewährleisten, mit der die in einem Unternehmen steckenden Werte erhalten werden. Ein anderes Motiv für Sicherungsanordnungen liegt 5.467

1 Zur Diskussion über ein – abzulehnendes – Antragserfordernis bei § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO s. *Kirchhof* in Heidelberg Kommentar zur InsO, § 21 InsO Rz. 29.

2 Selbst die isolierte Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Einsichts- und Betretungsrechten greift in das Recht des Eigentümers ein, den Zugriff auf sein Eigentum selbst zu bestimmen.

3 BGH v. 1.12.2005 – IX ZB 208/05, ZIP 2005, 2333; BGH v. 18.7.2002 – IX ZR 195/01, ZIP 2002, 1625; *Hölzle* in Karsten Schmidt, § 21 InsO Rz. 9; *Schröder* in Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, § 21 InsO Rz. 14.

4 BGH v. 22.3.2007 – IX ZB 164/06, ZIP 2006, 878.

5 *Kirchhof* in Heidelberg Kommentar zur InsO, § 21 InsO Rz. 4.

6 BGH v. 22.3.2007 – IX ZB 164/06, ZIP 2007, 878 Rz. 10; BGH v. 22.4.2010 – IX ZB 217/09, NZI 2010, 680 Rz. 5.

7 BGH v. 22.3.2007 – IX ZB 164/06, ZIP 2007, 878 Rz. 9.

vor, wenn zu befürchten ist, dass Gläubiger Vollstreckungsmaßnahmen ergreifen oder auf andere Weise wie beispielsweise durch das Herausverlangen von Aus- und Absonderungsgut eine vorzugsweise Befriedigung suchen. Die Anordnungen werden entweder unverzüglich nach Eingang des Insolvenzantrages unter Verwertung der daraus und einer Anhörung des Schuldners gemäß § 14 Abs. 2 InsO gewonnen Erkenntnisse getroffen oder später aufgrund einer Anregung des mit der weiteren Aufklärung beauftragten Sachverständigen. Um den Sicherungszweck nicht zu gefährden, reicht es aus, dass dem Schuldner erst anschließend das nach Art. 103 Abs. 1 GG erforderliche **rechtliche Gehör** gewährt wird¹, was insbesondere auch mit der dem Schuldner zustehenden Beschwerde (§ 21 Abs. 1 Satz 2 InsO) verbunden werden kann.

- 5.468 Als Drittes schließlich ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Entscheidung über den **konkreten Sicherungsumfang** zu berücksichtigen. Der Regelfall ist die um einzelne Ermächtigungen ergänzte „schwache“ vorläufige Verwaltung. Ist der Schuldner nicht kooperativ und müssen Verfügungen insbesondere im Rahmen einer Unternehmensfortführung getroffen werden, bleibt nur die „starke“ vorläufige Verwaltung. Sie kann auch allein auf „Druck“ der Kunden und/oder Lieferanten in Betracht kommen, wenn sie nur noch mit einem vorläufigen Insolvenzverwalter zu kontrahieren bereit sind².

3. Rechtsmittel

- 5.469 § 6 Abs. 1 InsO lässt eine **sofortige Beschwerde** gegen Entscheidungen des Insolvenzgerichts nur in den von der InsO vorgesehenen Fällen zu. Diese Voraussetzung ist für den durch eine Maßnahme belasteten Schuldner gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO erfüllt³. Gläubiger haben keine Beschwerdemöglichkeit⁴, obwohl sie schon von simplen Verfügungsbeschränkungen des Schuldners betroffen sein können, erst recht aber von der Beschränkung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO) und insbesondere von der Beschränkung der aus Aus- und Absonderungsrechten folgenden Befugnisse (§ 21 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Sie können sich rechtliches Gehör aber durch eine **formlose Gegenvorstellung** verschaffen⁵. Ebenfalls keine Beschwerdemöglichkeit hat der vorläufige Insolvenzverwalter. Zwar mag er ein Interesse daran haben, dass ihm keine zusätzlichen Pflichten auferlegt werden, wie es insbesondere durch einen Wechsel von der „schwachen“ zur „starken“ Verwaltung geschehen könnte. Betroffen ist er davon jedoch nicht in eigenen Rechten, sondern nur in seiner Rolle als Amtsträger. Er kann sich nur durch eine Ablehnung der Bestellung wehren, nicht aber durch eine Beschwerde gegen die Anordnung.

1 BGH v. 14.7.2011 – IX ZB 57/11, ZIP 2011, 1875 Rz. 13; BGH v. 15.12.2011 – IX ZB 139/11 Rz. 4f., juris.

2 LG Halle v. 14.11.2014 – 3 T 86/14, ZIP 2014, 2355 m. Anm. *Spliedt*, EWIR 2014, 789.

3 Nach der Aufhebung des § 7 InsO a.F. kann gegen einen die sofortige Beschwerde zurückweisenden Beschluss nur noch Rechtsbeschwerde eingelegt werden, wenn das Beschwerdegericht dies ausdrücklich zugelassen hat (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).

4 *Haarmeyer* in Münchener Kommentar zur InsO, § 21 InsO Rz. 41.

5 *Kirchhof* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 21 InsO Rz. 64.

III. Anordnungsvarianten

1. „Schwache“ vorläufige Insolvenzverwaltung

a) Rechtsfolgen eines Zustimmungsvorbehalts

Bei der „schwachen“ vorläufigen Verwaltung sind Verfügungen des Schuldners nur wirksam, soweit der vorläufige Verwalter zustimmt. Sie wird deshalb auch als Zustimmungsverwaltung bezeichnet. Dieser Vorbehalt gilt entweder für **sämtliche Verfügungen** oder ist auf **einige wesentliche Vermögensgegenstände** wie Immobilien oder Bankforderungen beschränkt, die dann genau bezeichnet werden müssen¹. Verfügung² ist jede Einwirkung auf ein bestehendes Recht, sei es in Form einer Übereignung, Abtretung, Belastung oder auch nur Kündigung. Keine Verfügungen sind **Verpflichtungserklärungen** des Schuldners. Von ihm begründete Verbindlichkeiten sind vorbehaltlich einer Insolvenzanfechtung³ wirksam⁴, bilden allerdings auch nur Insolvenzforderungen, soweit das Gesetz nicht in den §§ 108 ff. InsO ihre Fortdauer als Masseschuld nach Verfahrenseröffnung vorsieht.

Der BGH unterscheidet zwischen der **Verfügungshandlung** und dem **Verfügungserfolg**⁵. Der Zustimmungsvorbehalt soll nur die Verfügungshandlung betreffen. Würde sie vor dessen Anordnung vorgenommen, hindere das den späteren Eintritt des Verfügungserfolgs nach Anordnung der Verfügungsbeschränkung nicht mehr. Bedeutung hat das insbesondere für **künftige Forderungen**, die der Schuldner abtreten hat und die erst durch die Betriebsfortführung während der vorläufigen Verwaltung entstehen. Da die Entstehung nach Ansicht des BGH nicht zur Verfügungshandlung gehört, kann der Abtretungsempfänger auch ohne Zustimmung des vorläufigen Verwalters Forderungsinhaber werden⁶. Gleiches gilt, wenn die künftigen Forderungen im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet wurden⁷. Gerechtfertigt wird diese Auffassung u.a. mit § 91 InsO, der erst nach Verfahrenseröffnung⁸ einen Rechtserwerb ausschließt, auch wenn keine Verfügungshandlung des Schuldners vorliegt. Demgegenüber verweist § 24 InsO für die Rechtsfolgen von Verfügungsbeschränkungen vor Verfahrenseröffnung nur auf § 81 InsO. Für eine Vorverlagerung des § 91 InsO in das Eröffnungsverfahren fehle es an einer planwidrigen Gesetzeslücke⁹. Bei einem **Vermieterpfandrecht** an während der vorläufigen Verwaltung in die Räume verbrachten Sachen wird diese Unterscheidung hingegen nicht gemacht. Obwohl auch hier die Grundlage der vor Anordnung der Sicherungsmaßnahme geschlossene Mietvertrag ist, wird die Einbringung von Gegenständen nicht nur als Tathandlung bzw. Bedingung der zuvor ver-

1 *Kirchhof* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 21 InsO Rz. 20.

2 Wie im allgemeinen Zivilrecht, BGH v. 10.12.2009 – IX ZR 1/09, ZIP 2010, 138 Rz. 26.

3 Vgl. insbes. §§ 132, 133 Abs. 2 InsO.

4 BGH v. 10.12.2009 – IX ZR 1/09, ZIP 2010, 138 Rz. 26; BGH v. 18.7.2002 – IX ZR 195/01, ZIP 2002, 1625 Rz. 26.

5 BGH v. 26.4.2012 – IX ZR 136/11, ZIP 2012, 1256 Rz. 10.

6 BGH v. 10.12.2009 – IX ZR 1/09, ZIP 2010, 138 Rz. 25; BGH v. 22.10.2009 – IX ZR 90/08, ZIP 2009, 2347 Rz. 9.

7 BGH v. 20.3.1997 – IX ZR 71/96, ZIP 1997, 737.

8 BGH v. 14.12.2006 – IX ZR 102/03, ZIP 2007, 191.

9 S. zusammenfassend *Ganter* in Münchener Kommentar zur InsO, vor §§ 49–52 InsO Rz. 30f.; *Gehrlein*, ZIP 2011, 5, 6f.

einbarten Pfandrechtentstehung angesehen, sondern als aktuelle Verfügung, so dass das Vermieterpfandrecht nur bei einer Zustimmung des vorläufigen Verwalters entstehen soll¹. Anders wird die **antizipierte Sicherungsübereignung** behandelt. Bei ihr soll Sicherungseigentum aufgrund der zuvor getroffenen Vereinbarung auch an nach Anordnung einer Verfügungsbeschränkung hergestellten oder in einen Sicherungsraum verbrachten Sachen begründet werden können². Im Unterschied zur Forderungsabtretung bedarf es jedoch zusätzlich eines fortbestehenden Besitzmittlungswillens zugunsten des Sicherungsgläubigers, an dem es jedenfalls dann fehlt, wenn das Insolvenzgericht die Inbesitznahme des Schuldnervermögens durch den vorläufigen Verwalter anordnet.

- 5.472 Ob der Vergleich zwischen §§ 24, 81 InsO und dem erst nach Verfahrenseröffnung eingreifenden § 91 InsO das Ergebnis trägt³, obwohl der BGH betont, dass der insolvenzrechtliche mit dem zivilrechtlichen Verfügungsbegriff identisch ist⁴, und zivilrechtlich die Verfügungsbefugnis noch im Zeitpunkt der Entstehung des Rechts vorhanden sein soll⁵, sei hier dahingestellt⁶. Immerhin kann sich diese Auffassung auf die Begr. RegE InsO stützen, in der als Anwendungsbeispiel für § 91 InsO gerade die Entstehung von im Voraus abgetretenen Forderungen genannt wird⁷, diese Vorschrift aber weitgehend unbestritten **nicht während der vorläufigen Verwaltung** gilt. Zumindest werden die für die Gläubigersamtheit nachteiligen Konsequenzen durch die insolvenzrechtliche Anfechtung gemildert. Ihr unterliegen auch rein tatsächliche Handlungen, die die Befriedigungsmöglichkeiten eines einzelnen Gläubigers zu Lasten der übrigen verbessern⁸. Im Gegensatz zur Wirkung einer Verfügungsbeschränkung wird anfechtungsrechtlich bei mehraktigen Rechtshandlungen auf den letzten zur Erfüllung des Tatbestands erforderlichen Teilkakt abgestellt⁹. Von Bedeutung ist das für das **Werthaltigmachen einer zedierten Forderung** durch den Abschluss neuer oder die Erfüllung alter Verträge mit Kunden¹⁰. Ohne Anfechtung würden die neuen oder aufgewerteten Forderungen auch alte Ansprüche der Sicherungsgläubiger abdecken¹¹. Genauso verhält es sich mit anderen revolvierenden Sicherheiten bspw. Aufgrund von Raumsicherungsverträgen. Da es sich nach Ansicht des BGH um kongruente Deckun-

1 *Ganter* in Münchener Kommentar zur InsO, § 50 InsO Rz. 86a; a.A. *Kirchhof* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 24 InsO Rz. 5.

2 *Ganter* in Münchener Kommentar zur InsO, § 51 InsO Rz. 107a; vor §§ 49–52 InsO Rz. 30f.

3 Kritisch u.a. *Schröder* in Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, § 24 InsO Rz. 8f.

4 BGH v. 10.12.2009 – IX ZR 1/09, ZIP 2010, 138 Rz. 26.

5 BGH v. 30.5.1958 – V ZR 295/56, BGHZ 27, 360 unter III.3.b); anders demgegenüber schon zur KO BGH v. 20.3.1997 – IX ZR 71/96, ZIP 1997, 737, und zur KO BGH v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07, ZIP 2008, 183 Rz. 27.

6 Bestätigend: *Gehrlein*, ZIP 2011, 5f.

7 BT-Drucks. 12/2443, S. 138 zu § 102 der Entwurfsfassung.

8 Im Gläubigerschutzsystem vor Eröffnung durch Anfechtung und erst nach Eröffnung durch Unwirksamkeit sieht der BGH eine zusätzliche Rechtfertigung für seine Ansicht, BGH v. 10.12.2009 – IX ZR 1/09, ZIP 2010, 138 Rz. 27.

9 BGH v. 11.2.2010 – IX ZR 104/07, ZIP 2010, 682 Rz. 13.

10 BGH v. 20.6.2008 – IX ZR 144/05, ZIP 2008, 1435; BGH v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07, ZIP 2008, 183; BGH v. 29.11.2007 – IX ZR 165/05, ZIP 2008, 372.

11 BGH v. 14.12.2006 – IX ZR 102/03, ZIP 2007, 191 zum Sicherungsumfang des Vermieterpfandrechts.

gen handelt¹, hat die Anfechtung jedoch nur Erfolg, wenn der Sicherungsgläubiger entweder die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag bzw. zumindest zwingend darauf hindeutende Umstände kennt (§ 130 Abs. 1, 2 InsO). Bei Banken werden diese Voraussetzungen regelmäßig erfüllt sein. Lieferanten² sollten jedoch gesondert informiert werden. Allein die nach § 23 Abs. 1 InsO erforderliche öffentliche Bekanntmachung von Verfügungsbeschränkungen begründet keine Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Eröffnungsantrag³.

Verfügungen des Schuldners, die er ohne die Zustimmung des vorläufigen Verwalters tätigt, sind **schwebend unwirksam**. Die Unwirksamkeit tritt gemäß §§ 24 Abs. 1, 81 Abs. 1 InsO absolut gegenüber jedermann ein⁴. Da die Verfügungsbefugnis fehlt, ist ein **guter Glaube** des Rechtserwerbers **irrelevant**; denn § 932 BGB schützt den guten Glauben nur hinsichtlich der Eigentümerstellung, nicht aber hinsichtlich der Verfügungsberechtigung⁵. Anders soll es sein, wenn das Insolvenzgericht nur **einzelne Zustimmungsvorbehalte** hinsichtlich bestimmter Vermögensgegenstände anordnet. Das wird nur als **relatives Veräußerungsverbot** gemäß §§ 135 f. BGB angesehen⁶; denn § 24 InsO erfasse als *lex specialis* nur die allgemeine Verfügungsbeschränkung. Die Konsequenz ist, dass ein **gutgläubiger Erwerb** gemäß § 135 Abs. 2 BGB **möglich** ist⁷. Einmal davon abgesehen, dass die bloß relative Unwirksamkeit wegen der späteren Gesamtwirkung des Insolvenzbeschlages nach Verfahrenseröffnung unzweckmäßig ist⁸, trifft es auch nicht zu, dass nur allgemeine Verfügungsbeschränkungen vom Wortlaut des § 24 InsO erfasst sind; denn § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO, auf den dort Bezug genommen wird, unterscheidet zwischen einem „*allgemeinen Verfügungsverbot*“ und Verfügungen des Schuldners, die nur mit Zustimmung eines vorläufigen Verwalters wirksam werden sollen, ohne diese zweite Alternative ebenfalls auf „alle“ Verfügungen zu erstrecken. Deshalb ist es vom Wortlaut durchaus gedeckt, auch besondere Verfügungsverbote der allgemeinen Unwirksamkeit gemäß § 81 InsO ohne den Schutz eines gutgläubigen Erwerbs zu unterwerfen⁹, jedenfalls dann, wenn – wie in der Praxis regelmäßig und in § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO vorgesehen – das besondere Verfügungsverbot mit der Zustimmungsbefugnis eines vorläufigen Insolvenzverwalters verbunden wird.

Unwirksamkeit bedeutete **keine Nichtigkeit**. Anderenfalls würde eine Zustimmung des vorläufigen Verwalters ins Leere gehen. Sie kann gemäß §§ 182 ff.

1 BGH v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07, ZIP 2008, 183 Rz. 14 ff., was lt. Rz. 24 auch für Raumsicherungsverträge gilt.

2 Zum erweiterten und verlängerten Eigentumsvorbehalt während der vorläufigen Verwaltung: BGH v. 17.3.2011 – IX ZR 63/10, ZIP 2011, 773.

3 BGH v. 7.10.2010 – IX ZR 209/09, ZIP 2010, 2307.

4 BGH v. 19.1.2006 – IX ZR 232/04, ZIP 2006, 479 unter II.2.b)dd); *Kirchhof* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 24 InsO Rz. 3.

5 *Bassenge* in Palandt, Vorb v § 929 BGB Rz. 3.

6 *Kirchhof* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 24 InsO Rz. 4 m.w.N. in Fn. 7; *Schröder* in Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, § 24 InsO Rz. 2.

7 Vgl. BGH v. 15.11.1999 – II ZR 98/98, ZIP 2000, 146 zur konkursrechtlichen Sequestrierung.

8 Vgl. die Überlegung zur Gesamtwirkung der Rückschlagsperre gemäß § 88 InsO bei BGH v. 19.1.2006 – IX ZR 232/04, ZIP 2006, 479.

9 *Haarmeyer* in Münchener Kommentar zur InsO, § 21 InsO Rz. 60; unklar demgegenüber bei § 24 InsO Rz. 10.

BGB dem Schuldner oder dem Vertragspartner gegenüber erteilt werden, und zwar sowohl vor als auch – außer bei einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen, § 182 Abs. 3 BGB – nach der Verfügung. Eine weitere Konsequenz der bloßen Unwirksamkeit ist, dass Verfügungen des Schuldners gemäß § 185 Abs. 1 BGB extunc wirksam werden, sollten die Sicherungsmaßnahmen aufgehoben werden¹.

- 5.475 Auch der Einzug einer Forderung ist eine Verfügung², gegen deren Unwirksamkeit ein **Drittschuldner** jedoch **geschützt** werden muss, zumal i.d.R. nicht aktiv eingezogen, sondern schlichtweg auf das in der Rechnung angegebene Konto gezahlt wird. Der Drittschuldner wird gemäß § 82 InsO von seiner Verbindlichkeit frei, wenn er entweder die Anordnung der vorläufigen Verwaltung nicht kannte oder der Verwalter der Erfüllung zustimmt. Die Zustimmung wird ein Verwalter nur erteilen, wenn die vereinnahmten Gelder der zukünftigen Insolvenzmasse nicht verloren gehen. Das hängt von der Auswirkung eines Verfügungsverbots auf die Geschäftsverbindung zwischen Schuldner und Bank ab.
- 5.476 Die Auswirkungen einer Verfügungsbeschränkung auf ein **Bankkonto** des Schuldners sind etwas kompliziert. In der Praxis „sperrt“³ die Bank ein Konto gegen Verfügungen des Schuldners, sobald sie von Verfügungsbeschränkungen Kenntnis erlangt hat. Unterlässt sie das, weil sie bspw. von der Anordnung noch nicht unterrichtet wurde, wird eine **Überweisung** des Schuldners entgegen der umgangssprachlichen Bezeichnung⁴ nicht als die Verfügung über ein „Guthaben“ bzw. dem ihm zugrunde liegenden Anspruch angesehen, sondern als ein Verpflichtungsgeschäft⁵, das der Schuldner wirksam eingehen darf. Die Bank kann nur ihren durch die Ausführung entstandenen Aufwendungsersatzanspruch nach Anordnung der Zustimmungsverwaltung nicht mehr in das Kontokorrent einstellen⁶. Immerhin bleibt sie aber weiter zur Aufrechnung befugt⁷, weil es sich dabei um eine Verfügung über das Kontoguthaben⁸ durch sie, nicht durch den Schuldner handelt⁹. Vom Insolvenzgericht angeordnete Verfügungsbeschränkungen gelten nicht für Verfügungen Dritter¹⁰ (zu den Ausnahmen s. Rz. 5.499). Nur in der Kontokorrentabrede – im Unterschied zur Aufrechnung – wird eine nicht mehr wirksame Verfügung (auch) des Schuldners gesehen. Die weiterhin wirksam mögliche einseitige Aufrechnung unterliegt nach Verfahrenseröffnung der Insolvenzanfechtung, soweit die Voraussetzungen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO gegeben sind¹¹.

1 BGH v. 19.1.2006 – IX ZR 232/04, ZIP 2006, 479.

2 Deshalb begründet der unberechtigte Einzug einer Forderung auch eine Ersatzabsonderung gemäß § 48 InsO, *Ganter*, NZI 2010, 551.

3 D.h. sie kündigt den Zahlungsdienstleistungsvertrag (§ 675f Abs. 2 BGB) aus wichtigem Grund gemäß Ziff. 19 AGB-Banken.

4 Und auch entgegen der Gesetzesformulierung, die in § 675g Abs. 1 BGB von Genehmigung und Einwilligung spricht.

5 Trotz des Wortlauts von § 675j BGB, der von Zustimmung spricht, also auf einen verfügungsrechtlichen Charakter hinweist.

6 BGH v. 5.2.2009 – IX ZR 78/07, ZIP 2009, 673.

7 BGH v. 29.6.2004 – IX ZR 195/03, ZIP 2004, 1558.

8 Genauer: den Anspruch des Schuldners gegen die Bank.

9 *Kirchhof* in Heidelberg Kommentar zur InsO, § 24 InsO Rz. 10.

10 BGH v. 24.9.2009 – IX ZB 38/08, ZIP 2009, 2068 Rz. 14; BGH v. 20.2.2003 – IX ZR 81/02, ZIP 2003, 632.

11 Zu der dafür relevanten Frage, wann eine kongruente und wann eine inkongruente Deckung vorliegt, s. BGH v. 29.6.2004 – IX ZR 195/03, ZIP 2004, 1558 unter II.2.b).

Ohne Aufrechnung¹ oder nach einer Anfechtung² ist der Anspruch der Bank aus der Ausführung des Überweisungsauftrags nur eine Insolvenzforderung³. Im Ergebnis wird also der Verwalter den Betrag, den ein Drittschuldner auf ein Schuldnerkonto zahlt, für die Masse „retten“ können. Um aber Unwägbarkeiten zu vermeiden, ist es sinnvoll, den vorläufigen Verwalter zum Forderungsinkasso zu ermächtigen und den Drittschuldnern zu untersagen, an den Schuldner zu zahlen (dazu Rz. 5.497).

„Verfügt“ der Schuldner über ein Kontoguthaben, ist diese Anweisung im Verhältnis zur Bank nach den oben dargelegten Gründen wirksam. Aus der Sicht des Zahlungsempfängers liegt eine Leistung des Schuldners, nicht der Bank vor. Die auf der Hand liegende Konsequenz wäre nach Verfahrenseröffnung eine Deckungsanfechtung gemäß §§ 130f. InsO, wenn beim Zahlungsempfänger die dafür notwendigen subjektiven Voraussetzungen vorliegen. Demgegenüber verweist der BGH darauf, dass dem Schuldner wegen der Verfügungsbeschränkung das **Recht zur Tilgungsbestimmung** fehlt, so dass die Überweisung keinem Schuldgrund zugeordnet werden kann und der Empfänger den Betrag wegen ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB erstatten muss⁴. Das geschieht in der Regel erst nach Verfahrenseröffnung. Konnte die Bank mit ihrem aus der Überweisung folgenden Ersatzanspruch nicht aufrechnen (s. oben), fließt der Betrag in die Masse, während die Bank aus der Zahlungsdienstleistung nur eine Insolvenzforderung erworben hat. Die Erstattung des Zahlungsempfängers verschafft ihr keine Masseforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Zwar mag die Masse den Bereicherungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger auf ihre Kosten erlangt haben. Das aber geschah schon vor Verfahrenseröffnung, während eine Masseforderung nur bei nach Verfahrenseröffnung eintretenden Bereicherungen entsteht⁵. Parallel besteht ein Anfechtungsanspruch gemäß § 134 InsO, der an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist.

Besitzrechtlich hat eine Verfügungsbeschränkung **keine Auswirkung**. Der Schuldner darf ohne Zustimmung des vorläufigen Verwalters Gegenstände, an denen Aus- oder Absonderungsrechte bestehen, an Gläubiger herausgeben⁶. Er kann stattdessen auch freiwillig dem vorläufigen Verwalter den Besitz einräumen. Hierbei handelt es sich um ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis (§ 854 Abs. 1 BGB), so dass der Eintritt der besitzrechtlichen Wirkungen keines gerichtlichen Beschlusses bedarf. Fraglich kann allenfalls sein, ob sich die Besitzübernahme dann noch im Aufgabenbereich des vorläufigen Verwalters bewegt (Rz. 5.480 ff.). Zudem ist zweifelhaft⁷, ob der Schuldner bei einem fortgeführten Geschäftsbetrieb trotz der fehlenden Publizität⁸ gewillkürt als Besitztzeiner (§ 855 BGB)

1 Die auf der Vereinbarung mit dem Schuldner beruhende Verrechnung ist nicht mehr zulässig, BGH v. 4.5.1979 – I ZR 127/77, NJW 1979, 1658.

2 Zu den Rechtsfolgen s. § 144 Abs. 1 InsO.

3 Auch das im Übrigen nicht aus Vertrag, sondern aus ungerechtfertigter Bereicherung, soweit § 82 InsO einer wirksamen Leistung an den Schuldner gegenübersteht.

4 BGH v. 21.11.2013 – IX ZR 52/13, ZIP 2014, 32 Rz. 18 ff.

5 BGH v. 20.9.2007 – IX ZR 91/06, ZIP 2007, 2279 Rz. 9.

6 *Kirchhof* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 22 InsO Rz. 53.

7 Bejahend: *Kirchhof* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 22 InsO Rz. 53.

8 Dazu *Bassenge* in Palandt, § 855 BGB Rz. 2.

für den vorläufigen Verwalter auftreten kann. Eine gerichtliche Anordnung zur Besitzübernahme ist somit sinnvoll. Ihrer bedarf es auch, wenn der Schuldner nicht kooperationsbereit ist. Voraussetzung ist dann zusätzlich, dass der vorläufige Verwalter den Schuldner tatsächlich aus dem Besitz setzt oder ihn zum Besitzdiener – soweit zulässig – macht. Wurde dies versäumt, kann nur der Schuldner **Besitzschutzansprüche** (§§ 859, 861 f., 1007 BGB) verfolgen, was bei einem einstweiligen Rechtsschutz gegen „Selbsthilfeaktionen“ von Gläubigern leicht übersehen wird.

b) Mitwirkungspflichten der Geschäftsführung

- 5.479 Die Pflichten des Schuldners bzw. der Geschäftsführung sind allgemein in § 20 InsO geregelt, wonach das Insolvenzgericht bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen ist. Danach hat er eine (ungefragte) **Redepflicht** über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse, mögen sie auch Straf- oder Ordnungswidrigkeitstatbestände erfüllen (§§ 20 Abs. 1, 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 InsO). Zugunsten des vorläufigen Verwalters erweitert § 22 Abs. 3 InsO den Kreis der Adressaten, gegenüber denen die Pflichten zu erfüllen sind, auch noch ergänzt um die Gewährung des Zutritts zu Geschäftsräumen und der Einsicht in Geschäftsunterlagen. Nicht verpflichtet ist die Geschäftsführung zur **Mitarbeit bei der Unternehmensfortführung**. Das regelt sich allein nach einem Anstellungsvertrag. Gegenständlich ist die Grenze zwischen insolvenzverfahrensrechtlicher Unterstützung und Mitarbeit allenfalls so zu ziehen, dass Informationserteilung geschuldet wird, Informationsumsetzung hingegen nicht. Aber schon bei der Teilnahme an Verhandlungen, Betriebsversammlungen oder interner Absprachen versagt diese Abgrenzung, so dass nur das allgemeine Kriterium der **Zumutbarkeit** bleibt. Die Geschäftsführung hat für die insolvenzrechtlich geschuldete Mitwirkung weder einen Vergütungs- noch einen Auslagenanspruch¹, so dass nur die Unterstützung geschuldet ist, die in Abwägung der Interessen der Gläubiger mit dem Interesse der Geschäftsführung an anderweitigem Erwerb angemessen ist.

c) Aufgaben des „schwachen“ Verwalters

- 5.480 Der „schwache“ vorläufige Verwalter hat in erster Linie eine **Kontrollfunktion**². Da seine Bestellung der Verhinderung nachteiliger Veränderungen in der Vermögenslage dient (§ 21 Abs. 1 InsO), muss er sich über die Vermögensverhältnisse sowie bei einem laufenden Geschäftsbetrieb über dessen Abläufe informieren. Dazu stehen ihm die in § 22 Abs. 3 InsO genannten Befugnisse zu³. Stellt er fest, dass die angeordneten Sicherungsmaßnahmen unzureichend sind, trifft ihn eine **Redepflicht** gegenüber dem Gericht. Außerdem muss er den Schuldner bei der **Geschäftsfortführung unterstützen**⁴, was beim „schwachen“ Verwalter nur als Rat und mangels Verfügungsbefugnis nicht als Tat möglich ist. Die Initiativlast für Verfügungen bleibt beim Schuldner. Dem vorläufigen „schwachen“ Ver-

1 *Stephan* in Münchener Kommentar zur InsO, § 97 InsO Rz. 33.

2 *Kirchhof* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 22 InsO Rz. 50.

3 Zur Abgrenzung zwischen (gesondert vergüteter) Tätigkeit als Sachverständiger und als vorläufiger Verwalter s. *Kirchhof* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 21 InsO Rz. 92.

4 *Kirchhof* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 22 InsO Rz. 50.

walter stehen nicht die Rechte des endgültigen Verwalters zu, also insbesondere weder das Erfüllungswahlrecht des § 103 InsO noch die abgekürzten Kündigungsfristen der §§ 109 Abs. 1, 113 InsO noch die insolvenzrechtliche Anfechtung der §§ 129 ff. InsO.

Sind somit die Grenzen der Rechtsmacht im Verhältnis zu Dritten klar gesteckt, ist der **Umfang der intern geschuldeten Unterstützungsleistungen** weniger klar. Konsequenzen hat das einerseits bei der Vergütung, bei der nur die Tätigkeiten berücksichtigt werden dürfen, die vom gesetzlichen Aufgabenbereich des vorläufigen Verwalters umfasst sind, und andererseits bei der Haftung. Ist die Mitwirkung des vorläufigen Verwalters bei der Erstellung eines Liquiditätsplans durch einen Zuschlag zu vergüten und haftet er bei Fehlern aufgrund von § 60 InsO oder nach allgemeinen Vorschriften? Kommt umgekehrt eine Haftung in Betracht, wenn der vorläufige Verwalter die Mitwirkung an einem Liquiditätsplan unterlässt? Die Antwort folgt aus dem Zweck der vorläufigen Verwaltung, eine nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten (§ 21 Abs. 1 InsO). Gelingt das nur durch die Anordnung der „starken“ Verwaltung mit den auch nach außen wirkenden Befugnissen des § 22 Abs. 1 InsO, muss der zunächst nur als „schwacher“ bestellte vorläufige Verwalter dies anregen. Davon darf er nur absehen, wenn das Verhalten der Geschäftsführung keine Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Gläubigerbelange gibt, muss dafür aber natürlich auch Liquiditätspläne erörtern und erkennbare Irrtümer beseitigen. Die interne Unterstützungsaufgabe kann also bis an die Obliegenheiten des „starken“ vorläufigen Verwalters heranreichen¹. 5.481

Die **Haftung** des vorläufigen „schwachen“ Verwalters für einen **Gesamtgläubigerschaden** richtet sich nach §§ 60, 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO. Fortführungsbedingte Vermögenminderungen sind hinzunehmen, solange sie nicht gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO erheblich sind. Er darf durch die Zustimmungsverweigerung die Fortführung bis zu dieser Erheblichkeitsschwelle nicht blockieren², muss seine Zustimmung allerdings verweigern, wenn sich die vom Schuldner beabsichtigte Verwertung nicht als fortführungsbedingte Verwertungsmaßnahme darstellt³; denn die Entscheidung über die Art und Weise der Abwicklung obliegt allein der Gläubigerversammlung (§§ 157 ff. InsO). Wegen dieses Schutzzwecks des Verwertungsverbots ist nicht jede Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände (z.B. Forderungseinzug, Verkauf von Umlaufvermögen im üblichen Rahmen) unzulässig, sondern nur diejenige, die eine noch sinnvolle Entscheidung der Gläubiger unterläuft, so dass je nach tatsächlicher Beschaffenheit – verderbliche Ware – oder wirtschaftlicher Besonderheit – z.B. Verlust von Schutzrechten, weil die Gebühren nicht gezahlt werden können – eine Verwertung zulässig sein kann. Erteilt der vorläufige Verwalter seine Zustimmung zu unerlaubten Veräußerungen, wird es freilich meist an einem Schaden fehlen. Er setzt damit aber einen wichtigen Grund zu seiner Abberufung (§ 59 InsO) oder Verweigerung seiner Bestellung zum endgültigen Verwalter. 5.482

Bedeutsamer ist die **Haftung gegenüber Aus- und Absonderungsgläubigern**. Über den Bestand von Drittrechten soll erst nach Verfahrenseröffnung entschieden 5.483

1 Hölzle, ZIP 2011, 1889, 1891 ff.

2 Schröder in Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, § 22 InsO Rz. 112.

3 BGH v. 14.2.2000 – IX ZB 105/00, ZIP 2001, 296.

werden¹. Bis dahin erstreckt sich die Sicherungsaufgabe des Verwalters auf die davon erfassten Vermögensgegenstände, selbst soweit sie der Aussonderung unterliegen², obwohl diese Gegenstände gemäß § 47 InsO rechtlich nicht zur künftigen Soll-Masse gehören. Entscheidend ist, ob sie sich tatsächlich in der Ist-Masse befinden. Stellt der vorläufige Verwalter fest, dass der Schuldner Sicherungsgüter beinträchtigt, was aus Gläubigersicht auch durch eine Herausgabe von Sicherungseigentum an einzelne Gläubiger geschehen kann, muss er beim Insolvenzgericht weitere Maßnahmen anregen. Das Gleiche gilt auch im umgekehrten Fall, wenn Absonderungsgut nur zeitnah sinnvoll verwertet werden kann, der Schuldner aber hieran nicht mitwirkt³.

5.484 Eine **Haftung** gemäß § 61 InsO i.V.m. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO für die **Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten** kommt nicht in Betracht, weil der „schwache“ vorläufige Verwalter solche Verbindlichkeiten ohne gesonderte Ermächtigung (s. dazu Rz. 5.510ff.) nicht begründen kann. Lieferanten wird in der Praxis häufig versichert, dass die Zahlung „durch das Insolvenzsonderkonto“⁴ erfolgt oder „aus der Insolvenzmasse übernommen werde“⁵, oder schlicht, dass die „mangelfrei erbrachten Lieferungen fristgemäß und in voller Höhe bezahlt werden“⁶. Die Instanzen gerichte neigen in solchen Fällen zur Annahme einer persönlichen Haftung aufgrund garantieähnlicher Erklärung⁷ oder culpa in contrahendo⁸, während der BGH eine Haftung für die Bestätigung ablehnte, dass die „Zahlung aller ... Lieferungen und Leistungen gesichert“ sei⁹. Diese Entscheidung wird zu Unrecht von den Kritikern der OLG-Urteile¹⁰ für sich in Anspruch genommen; denn im BGH-Fall ging es nur um eine über § 61 InsO hinausgehende Haftung¹¹. Zwar wird man die Garantie nur unter sehr seltenen Umständen annehmen können. Es steht jedoch nicht im Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung, dem Verwalter im Wege der **culpa in contrahendo** eine an § 61 InsO angelehnte Haftung aufzuerlegen, wenn er Erklärungen zur Vertrauensbildung abgibt, wohl wissend, dass sonst nicht geliefert werden würde. Für den Inhaber eines gerichtlich verliehenen Amtes gilt im besonderen Maße, dass niemand „seine Vertragspartner ins Messer laufen lassen“ darf¹². Er darf keine erkennbar falschen Vor-

1 BGH v. 14.12.2005 – IX ZB 256/04, ZIP 2006, 621 (zur Aus- und Absonderung); BGH v. 3.12.2009 – IX ZR 7/09, ZIP 2010, 141 Rz. 44 (zur Aussonderung).

2 BGH v. 5.5.2011 – IX ZR 144/10, ZIP 2011, 1419 Rz. 29; BGH v. 14.12.2005 – IX ZB 256/04, ZIP 2006, 621.

3 BGH v. 5.5.2011 – IX ZR 144/10, ZIP 2011, 1419.

4 So der Fall bei OLG Celle v. 21.10.2003 – 16 U 95/03, NZI 2004, 89.

5 So der Fall bei OLG Schleswig v. 31.10.2003 – 1 U 42/03, NZI 2004, 92.

6 So der Fall bei AG Erfurt v. 25.4.2012 – 5 C 535/11, juris.

7 OLG Celle v. 21.12.2003 – 16 U 95/03, NZI 2004, 89.

8 OLG Schleswig v. 31.10.2003 – 1 U 42/03, NZI 2004, 92; OLG Rostock v. 4.10.2004 – 3 U 158/03, ZIP 2005, 220; OLG Frankfurt v. 8.3.2007 – 26 U 43/06, ZInsO 2007, 548; anders AG Erfurt v. 25.4.2012 – 5 C 535/11, juris.

9 BGH v. 6.5.2004 – IX ZR 48/03, ZIP 2004, 1107.

10 Schröder in Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, § 22 InsO Rz. 224 m.w.N.

11 Deshalb ist auch das ebenfalls zur Haftungsbegrenzung angeführte, aber zur KO ergangene Urteil BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 114/01, ZIP 2005, 1327 keine Bestätigung für die haftungsablehnenden Ansichten. § 61 InsO hatte in der KO keinen Vorläufer. Außerdem hatte in dem dortigen Urteils-Fall der Verwalter keine zusätzliche Erklärung abgegeben, die mit dem im Text beispielhaft genannten vergleichbar war.

12 Marotzke, ZInsO 2004, 178, 180.

stellungen erwecken. Umgekehrt kann ein Vertragspartner nicht erwarten, dass der Verwalter eine über § 61 InsO hinausgehende Einstandspflicht übernehmen will, falls nicht Gegenteiliges ausdrücklich vereinbart wird. Auswirkungen hat das vor allem auf die Möglichkeit der Exkulpation i.S. von § 61 Satz 2 InsO, dass die Masseinsuffizienz nicht erkannt werden konnte¹. Erklärt der Verwalter hingegen nicht mehr als seine Bereitschaft, dem künftigen Rechnungsausgleich zuzustimmen, haftet er nur, wenn er diese Zustimmung später nicht erteilt, wobei auch hier der Rechtsgedanke des § 61 Satz 2 InsO ergänzend heranzuziehen sein sollte, dass eine Masseinsuffizienz nicht erkennbar war. Er sollte jedoch beachten, dass vor Verfahrenseröffnung begründete Verbindlichkeiten Insolvenzforderungen sind, die danach nicht mehr bedient werden dürfen (§§ 38, 87 InsO). Das ist den Geschäftspartnern häufig nicht klar. Sie vertrauen auf das Zustimmungswort, zumal eine Verfahrenseröffnung für sie wegen der üblichen Personenidentität von vorläufigem und endgültigem Verwalter keine wirtschaftlich bedeutsame Zäsur darstellt. Der vorläufige Verwalter sollte deshalb entweder darauf hinweisen, dass seine Zustimmung zur Zahlung nur bis zur Verfahrenseröffnung ausreichend ist oder aber sich vom Gericht ermächtigen lassen, schon im Vorverfahren künftige Masseverbindlichkeiten zu begründen (Rz. 5.510 ff.).

d) Beendigung der vorläufigen Verwaltung

Die vorläufige Verwaltung endet automatisch durch die **Eröffnung** des Insolvenzverfahrens, weil dann die umfassende Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des endgültigen Verwalters gemäß §§ 80 ff. InsO eingreift². Wird hingegen der **Insolvenzantrag** zurückgenommen oder mangels Verfahrenskostendeckung **zurückgewiesen**, müssen die Sicherungsmaßnahmen gemäß § 25 Abs. 1 InsO ausdrücklich aufgehoben werden³. Bis dahin unwirksame Verfügungen des Schuldners werden gemäß § 185 Abs. 1 BGB rückwirkend wirksam⁴.

Nach Beendigung seines Amtes hat der vorläufige Verwalter **Rechnung zu legen** (§§ 21 Abs. 1 Nr. 1, 66 InsO). Die Form der Rechnungslegung hängt von seinen Befugnissen ab. Ein „schwacher“ vorläufiger Verwalter, dessen Aufgabe sich auf die Zustimmungserteilung beschränkt und der auch keine Gelder vereinnahmt, nimmt die Rechnungslegung meist in Form eines Rechenschaftsberichts (Tätigkeitsbeschreibung) im Rahmen seines Gutachtens vor, das er als gleichzeitig bestellter Sachverständiger über die Insolvenzeröffnungsgründe und die Verfahrenskostendeckung zu fertigen hat. Formaljuristisch zutreffend ist diese Usance hingegen nicht. Auch der „Nur-Zustimmungsverwalter“ müsste eigentlich darlegen, über welche Vermögensgegenstände während der vorläufigen Verwaltung mit oder ohne seine Zustimmung verfügt wurde, so dass unmittelbar nach der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen eine Inventarisierung analog § 151 InsO erfolgen müsste, was ausdrücklich allerdings nur für den „starken“ vorläufigen Verwalter verlangt wird⁵.

1 Das gilt insbesondere im Hinblick auf nicht erkennbare Hindernisse gegen eine Betriebsfortführung: BAG v. 25.6.2009 – 6 AZR 210/08, ZIP 2009, 1772.

2 BGH v. 11.1.2007 – IX ZB 271/04, ZIP 2007, 438 Rz. 9.

3 BGH v. 30.9.2007 – IX ZB 37/07, NZI 2008, 100 Rz. 7.

4 BGH v. 19.1.2006 – IX ZR 232/04, ZIP 2006, 479.

5 *Haarmeyer* in Münchener Kommentar zur InsO, § 22 InsO Rz. 42.

e) Befugnisse der Gläubiger

- 5.487 Für die Gläubiger ändert sich durch die Anordnung der „puristischen“ Zustimmungsverwaltung insofern etwas, als sie Leistungen des Schuldners rechtswirksam nur mit Zustimmung des vorläufigen Verwalters erhalten können, solange es über reine Tathandlungen wie bspw. das Weiterarbeiten auf einer Baustelle hinausgeht. Ohne gesonderte Anordnung unterliegen die Gläubiger keinem Vollstreckungsverbot, sondern sind nur von der **Rückschlagsperre** des § 88 InsO betroffen, falls Vollstreckungsmaßnahmen bis zur Verfahrenseröffnung nicht abgeschlossen wurden. Wegen der **Gefahr späterer Anfechtung** lohnen sich Rechtsverfolgungskosten nicht. Üblicherweise wird die Anordnung der vorläufigen Verwaltung ohnehin mit einer Untersagung oder einstweiligen **Einstellung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen** (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO) verbunden, was sich nach überwiegender Ansicht nicht nur auf Insolvenzforderungen, sondern auch auf die Durchsetzung von Aus- und Absonderungsansprüchen erstreckt¹. Im Gegenzug haben die letztgenannten Gläubiger Ansprüche auf Zinsen und Wertersatz analog §§ 169 Satz 2 f., 172 InsO². Selbst ein Zwangsvollstreckungsverbot hindert die Gläubiger nicht, ihre Rechte ohne Zwangsvollstreckung durchzusetzen³. Die **Herausgabe von Sicherungsgut** an den absonderungsberechtigten Gläubiger ist als tatsächliche, nur die Besitzverhältnisse betreffende Handlung des Schuldners selbst dann wirksam, wenn der vorläufige „schwache“ Verwalter widerspricht, da der Verwalter regelmäßig keinen Besitz hat und keine Verfügung i.S. des § 21 Abs. 1 Nr. 2 InsO vorliegt. Ob darin eine anfechtungsrechtliche Gläubigerbenachteiligung liegt, so dass der Gegenstand nach Verfahrenseröffnung wieder zurückverlangt werden kann, um die Verwertung oder Nutzung durch den Verwalter (§§ 169, 172 InsO) zu ermöglichen, hat der BGH bisher offengelassen⁴, allerdings im anderen Zusammenhang mehrfach betont, dass wertausschöpfend belastete Gegenstände einen im Kern geschützten Vermögenswert des Schuldners repräsentieren. Das ergäbe sich zwar nicht aus den Kostenpauschalen des § 171 InsO, weil sie nur den Aufwand der Masse ausgleichen und nicht zu deren Mehrung führen sollen⁵. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise scheidet das Sicherungsgut aber erst mit der – vom Verwalter durchzuführenden – Verwertung aus der Insolvenzmasse aus⁶. Es ist deshalb naheliegend, die Anfechtung jedenfalls dann durchgreifen zu lassen, wenn der Gegenstand für eine Betriebsfortführung erforderlich ist. Praktische Bedeutung wird das wegen der Dauer einer prozessualen Auseinandersetzung aber nur im Hinblick auf einen Verzugschaden haben, den der Anfechtungsgegner ausgleichen muss, falls der Verwalter die vereitelte Möglichkeit zur Nutzung oder Ablösung der Belastung teurer kompensieren musste.
- 5.488 Geschäftspartner, die für eine Unternehmensfortführung benötigt werden, versuchen häufig, neue Lieferungen von der Zahlung alter Forderungen abhängig zu machen. Stimmt der „schwache“ vorläufige Verwalter einer solchen Befriedigung ohne weitere Erklärung zu, ist die spätere **Insolvenzanfechtung** gleichwohl

1 *Haarmeyer* in Münchener Kommentar zur InsO, § 21 InsO Rz. 72.

2 *Haarmeyer* in Münchener Kommentar zur InsO, § 21 InsO Rz. 72.

3 BGH v. 20.2.2003 – IX ZR 81/02, ZIP 2003, 632.

4 BGH v. 26.4.2012 – IX ZR 67/09, ZIP 2012, 1301.

5 BGH v. 9.10.2003 – IX ZR 28/03, ZIP 2003, 2370.

6 BGH v. 29.3.2007 – IX ZR 27/06, ZIP 2007, 1126 Rz. 26.

möglich. Der endgültige Verwalter ist zwar regelmäßig dieselbe Person, aber der Träger eines anderen Amtes als der vorläufige. Die Anfechtung ist nur ausgeschlossen, wenn der vorläufige Verwalter einen **Vertrauenstatbestand** gesetzt hat. Das soll nach Ansicht des BGH schon dann der Fall sein, wenn der „schwache“ Verwalter eine im Zusammenhang mit der Neulieferung getroffene Vereinbarung über die Zahlung von Altforderungen oder einen ausdrücklichen Anfechtungsausschluss gebilligt hat, es sei denn, dass die Zustimmung unter Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung erwirkt wird¹ oder mit der neuen Leistung in keinem Zusammenhang steht² oder der vorläufige Verwalter sich die Anfechtung ausdrücklich vorbehält³. Gegen diese Rechtsprechung sind insofern Zweifel anzumelden, als eine nach §§ 1, 87 InsO rechtswidrige Bevorzugung einzelner Gläubiger nur ausnahmsweise ein rechtlich geschütztes – und nicht nur faktisches – Vertrauen begründen darf⁴. Die Zahlung von Altforderungen wird regelmäßig auf eine Ausnutzung wirtschaftlicher Macht beruhen, mag sie auch nur darin bestehen, dass der Geschäftspartner in der gebotenen Eile nicht ausgewechselt werden kann. Ausnahmen von dieser Lebenserfahrung sollte entgegen der Ansicht des BGH⁵ der Lieferant beweisen. Selbst wenn ihm das gelingt, ist sein Vertrauen nur insoweit schutzwürdig, als ein neuer Nachteil vermieden wird. Wird beispielsweise seine Altforderung deshalb bedient, weil er die neue Ware an Dritte zu besseren Preisen hätte verkaufen können, oder weil sich die Neulieferung bei einer Einzelbetrachtung ohne (teilweisen) Ausgleich der Altforderung als Verlustgeschäft herausgestellt hätte, kann er auf den Anfechtungsausschluss vertrauen. Die Anfechtung muss keineswegs in Bausch und Bogen verneint werden. § 242 BGB setzt der Rechtsausübung eine flexible Schranke, die es durchaus ermöglicht, auch einen nur eingeschränkten Anfechtungsausschluss anzunehmen. Gänzlich einer Anfechtung entzogen sind natürlich gemäß § 142 InsO **Bargeschäfte**, die aber unter Berücksichtigung eines gewissen Beurteilungsspielraums eine Gleichwertigkeit von (neuer) Leistung und (neuer) Gegenleistung voraussetzen. Kein Bargeschäft liegt vor, wenn im Gegenzug zur Zahlung einer **Altforderung** eine **Neuforderung** durch eine neue Lieferung auf Ziel begründet wird⁶. Diese Auffassung beruht auf dem anfechtungsrechtlichen Grundsatz, dass jede Rechtshandlung für sich zu beurteilen ist. Insofern trifft es zu, dass die Neulieferung keine Gegenleistung für die schuldrechtlich auf die Altforderung bezogene Zahlung ist. Gleichwohl könnte es zumindest bei § 133 InsO am Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners fehlen. Sinnvoll ist es, wie nunmehr bei der Geschäftsführerhaftung⁷ oder auch der Anfechtung einer Gesellschafterfinanzierung mithilfe eines Staffeldkredits⁸ die mit der Gläubigerbenachteiligung im un-

1 BGH v. 15.12.2005 – IX ZR 156/04, ZIP 2006, 431.

2 BGH v. 9.12.2004 – IX ZR 108/04, ZIP 2005, 314.

3 Die Voraussetzungen zusammenfassend: BGH v. 10.1.2013 – IX ZR 161/11, ZIP 2013, 528.

4 Zutreffend deshalb die im weiteren Rechtsprechungsverlauf wieder eingeschränkte Auffassung von BGH v. 13.3.2003 – IX ZR 64/02, ZIP 2003, 810 und die Ansicht des BAG v. 27.10.2004 – 10 AZR 123/04, ZIP 2005, 86 für Zahlungszusagen an Arbeitnehmer.

5 BGH v. 15.12.2004 – IX ZR 156/04, ZIP 2006, 431.

6 BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZIP 2014, 1491 Rz. 19; BGH v. 23.9.2010 – IX ZR 212/09, ZIP 2010, 2009 Rz. 33; BGH v. 30.1.1986 – IX ZR 79/85, ZIP 1986, 448.

7 BGH v. 18.11.2014 – II ZR 231/13, ZIP 2015, 71 = GmbHR 2015, 137.

8 BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 = GmbHR 2013, 464.

mittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang stehenden Vorteile zu berücksichtigen.

2. „Starke“ vorläufige Verwaltung

a) Befugnisse des Schuldners

- 5.489 Die „starke“ vorläufige Verwaltung unterscheidet sich von der „schwachen“ in Bezug auf die Aktiva darin, dass der Schuldner nicht mehr Verfügungsbefugter ist und gleichzeitig die **Verfügungsbefugnis auf den Verwalter übergeht** (§ 22 Abs. 1 InsO). **Verfügungen des Schuldners sind absolut unwirksam** (§§ 24, 81 InsO), aber nicht nichtig, so dass sie bei einer Genehmigung des Verwalters¹ oder einer Aufhebung der Sicherungsmaßnahmen gemäß § 185 Abs. 2 BGB wirksam werden. Es gibt **keinen Gutgläuberschutz**. Insofern unterscheidet sich die Rechtslage nicht von einem Verstoß gegen den allgemeinen Zustimmungsvorbehalt im Rahmen der „schwachen“ vorläufigen Verwaltung. Die dortigen Ausführungen zur Bedeutung von Verfügungshandlung und Verfügungserfolg (Rz. 5.471) sowie zur Aufrechnung (Rz. 5.476) gelten entsprechend. Ebenso haben Leistungen an den Schuldner gemäß § 82 Satz 1 InsO nur noch befreiende Wirkung, wenn dem Leistenden die Anordnung der vorläufigen Verwaltung nicht bekannt ist (Rz. 5.475), wofür die Beweislast nach der öffentlichen Bekanntmachung der Verfügungsbeschränkung bei dem Drittschuldner liegt². Anders als bei der „schwachen“ vorläufigen Verwaltung werden **laufende Prozesse**, die die Insolvenzmasse betreffen, nach § 240 Satz 2 ZPO unterbrochen.
- 5.490 Hinsichtlich der Passiva unterscheidet sich die „starke“ von der „schwachen“ Verwaltung dadurch, dass der **Schuldner auch keine Verpflichtungsbefugnis** mehr hat, weil die Verwaltungsbefugnis gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO ebenfalls auf den vorläufigen Verwalter übergeht. Da das Vertrauen des Rechtsverkehrs gestört wäre, wenn die von einem vorläufigen „starken“ **Verwalter** verursachten Verbindlichkeiten nach Verfahrenseröffnung gemäß § 38 InsO nur Insolvenzforderungen wären, begründet sein Handeln in den Grenzen des § 55 Abs. 2 InsO **künftige Masseschulden**. Davon erfasst werden auch die Leistungen aus Dauer-schuldverhältnissen, die der vorläufige Verwalter in Anspruch nimmt. In der Praxis ist die Heraufstufung auch dieser Verbindlichkeiten ein wesentlicher Grund gegen die Anordnung der „starken“ vorläufigen Verwaltung. Allerdings ist der vorläufige Verwalter nicht verpflichtet, sämtlichen vergleichbaren Gläubigern für neue Leistungen den Status von künftigen Massegläubigern zu verschaffen. Namentlich kann er entscheiden, welche Arbeitnehmer weiterhin tätig werden sollen oder welche von mehreren Lieferanten gleichartiger Gegenstände neue Lieferungen tätigen sollen. Das Gebot der Gläubigergleichbehandlung (§ 1 InsO) betrifft ihre Stellung als Insolvenzgläubiger für bestehende Forderungen, nicht ihre Hervorhebung als Massegläubiger für künftige Ansprüche. Soweit der „starke“ vorläufige Verwalter allerdings die Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 InsO erfüllt, ist ihm eine einseitige Herabstufung der Masseschuld durch Erklärung eines Vorbehalts nicht möglich. Eine Ausnahme macht § 55 Abs. 3 InsO für die auf die

1 *Kirchhof* in Heidelberg Kommentar zur InsO, § 24 InsO Rz. 12; *Kayser* in Heidelberg Kommentar zur InsO, § 81 InsO Rz. 27.

2 BGH v. 12.11.1998 – IX ZR 145/98, ZIP 1998, 2162.

Bundesagentur für Arbeit wegen Insolvenzgeldzahlungen übergewendenden Ansprüchen: Sie sind trotz Inanspruchnahme der Arbeitsleistung nur Insolvenzforderungen¹. Im Übrigen bleibt es Verwalter und Gläubiger unbenommen, eine **Nachrangvereinbarung** zu schließen, so dass bspw. eine Nutzungsvergütung nur als Insolvenzforderung behandelt wird. Daran können insbesondere Vermieter von Spezialimmobilien durchaus ein Interesse haben, um sich langfristig den Schuldner als Mieter zu erhalten.

b) Befugnisse des Verwalters

Der „starke“ vorläufige Verwalter hat die in § 22 Abs. 1 Nr. 1–3 InsO genannten Aufgaben. Obwohl sie für den „schwachen“ Verwalter nicht ausdrücklich vorgeschrieben sind, sind die Pflichten für beide wegen des einheitlichen Zwecks der Sicherungsmaßnahmen, nachteilige Veränderungen zu vermeiden, weitgehend identisch, nur mit dem Unterschied, dass den „starken“ Verwalter die **Initiativlast** für Verfügungen und ggfls. auch die **Fortführung des Unternehmens** trifft. Ihm stehen ebenso wenig wie dem „schwachen“ Verwalter die erst nach Verfahrenseröffnung eingreifenden Instrumentarien wie Erfüllungswahl oder Anfechtung oder abgekürzte Kündigungsfrist zur Verfügung. Verweigert er die Erfüllung von schwebenden Verträgen, ist der Schadensersatzanspruch des Lieferanten nur eine Insolvenzforderung, was auch bei einer erst nach Verfahrenseröffnung entschiedenen Erfüllungsablehnung der Fall wäre (§ 103 Abs. 2 InsO).

Der Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse hat in arbeits- sowie steuerrechtlicher Hinsicht zur Folge, dass der Verwalter als Amtsträger die **Arbeitgeberstellung** innehat und im **Steuerschuldverhältnis gesetzlicher Vertreter** des Schuldners ist (§ 34 AO)². Die daraus resultierenden gesetzlichen Verbindlichkeiten stellen Masseschulden aber erst nach Verfahrenseröffnung dar.

Der „starke“ Verwalter darf genauso wenig wie der „schwache“ durch **Verwertungsmaßnahmen** das **Entscheidungsvorrecht der Gläubigerversammlung** über den Fortgang des Verfahrens (§§ 157ff. InsO) unterlaufen. Deshalb kann er auch die Gläubiger, die **Aus- und Absonderungsrechte** geltend machen, auf die Zeit nach Verfahrenseröffnung verweisen, falls die Gegenstände nicht verderblich sind³. Schwebende Prozesse über Aus- und Absonderungsansprüche kann zwar der Gläubiger gemäß §§ 24 Abs. 2, 86 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO aufnehmen. Der vorläufige Verwalter darf dann aber einwenden, dass der Anspruch zurzeit nicht durchsetzbar ist⁴. In der Praxis führt der Verweis der Gläubiger auf eine Entscheidung über den Bestand ihrer Rechte zu einer erheblichen Beeinträchtigung, für die das Gesetz – anders als bei einem Beschluss nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO (s. Rz. 5.506f.) – keine Kompensation vorsieht. Zwar beginnt die Lt. § 169 InsO nor-

1 Das ist der schon zu Zeiten der KO begründete Sanierungsbeitrag des Staates, der sich aber nur liquiditäts- und nicht vermögensschonend auswirkt, weil der Aufwand nicht entfällt, sondern nur nicht (sofort) aus der Masse zu zahlen ist. Deshalb sind die Versuche von nachfragestarken Kunden, die Preise um den Liquiditätsbeitrag des Staates (teilweise) zu reduzieren, unter dem Gesichtspunkt der Gläubigergleichbehandlung kritisch zu sehen.

2 Kirchhof in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 22 InsO Rz. 22.

3 Vgl. BGH v. 5.5.2011 – IX ZR 144/10, ZIP 2011, 1419.

4 Haarmeyer in Münchener Kommentar zur InsO, § 24 InsO Rz. 27.

malerweise erst ab dem Berichtstermin laufende Verzinsungspflicht schon nach drei Monaten, wenn ein Gläubiger aufgrund einer Anordnung nach § 21 InsO an der Verwertung gehindert ist. Diese Anordnung muss sich jedoch auf den Gegenstand erstrecken, indem bspw. die Zwangsvollstreckung untersagt wird. In der Regel verfügt der Gläubiger über keinen auf den Gegenstand bezogenen Titel, so dass die Durchsetzung seines Rechts nicht an einer Anordnung nach § 21 InsO scheitert, sondern an der tatsächlich verweigerten Herausgabe. Das ist bei Gegenständen, die nur mit einem Absonderungsrecht belastet sind, noch hinnehmbar, weil anderenfalls das besagte Entscheidungsvorrecht der Gläubigerversammlung über den Gang des Verfahrens beeinträchtigt werden würde. Bei den einer Aussonderung unterliegenden Gegenständen ist diese Praxis hingegen außerordentlich zweifelhaft, so dass eine Haftung des die Herausgabe verweigernden Verwalters gemäß § 60 InsO durchaus nahe liegt.

- 5.494 Der „starke“ vorläufige Verwalter muss sämtliche Vermögensgegenstände in **Besitz** nehmen, um die auf ihn übergegangene Verwaltungsbefugnis ausüben zu können. Der gerichtliche Anordnungsbeschluss führt anders als beispielsweise bei einer Gesamtrechtsnachfolge im Wege der Erbschaft (§ 857 BGB) nicht zum automatischen Besitzübergang. Die Inbesitznahme ist mit einer Inventarisierung entsprechend § 151 InsO zu verbinden¹. Die **Inventarisierung** ist zwar in § 22 Abs. 1 InsO nicht ausdrücklich genannt, folgt aber aus der Rechnungslegungspflicht, die gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO i.V.m. § 66 InsO auch jedem vorläufigen Verwalter obliegt.

c) Einschränkung der Insolvenzanfechtung

- 5.495 Die Handlungen eines „starken“ vorläufigen Verwalters sah der BGH bis vor kurzem als absolut unanfechtbar (§§ 129 ff. InsO) an, weil seine Stellung derjenigen des endgültigen Verwalters angenähert ist, dessen Handlungen ebenfalls nicht der Anfechtung unterliegen². Sie sollten auch nicht als Rechtshandlungen dem Schuldner zugeordnet werden dürfen³. In Betracht kam allenfalls eine Unwirksamkeit wegen evidenter Insolvenzzweckwidrigkeit⁴. Diese Auffassung überzeugt nicht⁵. Schon nach dem Wortlaut der §§ 130 f. InsO kommt es nicht darauf an, von wem die anfechtungsrelevante Rechtshandlung vorgenommen wurde. Entscheidend ist gemäß § 129 Abs. 1 Satz 1 InsO nur, dass sie vor Verfahrenseröffnung stattfand. Die zeitliche Zäsur ist das Kriterium, nicht die Ähnlichkeit des vorläufigen „starken“ mit dem endgültigen Verwalter⁶. Zuletzt hat der BGH die Unanfechtbarkeit etwas relativiert, indem er nicht mehr an die Rechtsstellung

1 *Haarmeyer* in Münchener Kommentar zur InsO, § 22 InsO Rz. 42.

2 BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 164/13, ZIP 2014, 584 Rz. 11 = GmbHR 2014, 417; BGH v. 10.1.2013 – IX ZR 161/11, ZIP 2013, 528 Rz. 17; BGH v. 9.12.2004 – IX ZR 108/04, ZIP 2005, 314.

3 *Karsten Schmidt* in Karsten Schmidt, § 129 InsO Rz. 38; *Kreft* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 129 InsO Rz. 32.

4 Zu den Voraussetzungen: BGH v. 25.4.2002 – IX ZR 313/99, ZIP 2002, 1093, 1095 f.

5 *Spliedt*, ZInsO 2007, 405 ff.

6 Was jedoch wegen der evidenten Gesetzeslücke bei §§ 135, 143 Abs. 3 InsO eine analoge Anwendung der Anfechtungsvorschriften auf die Zeit nach Verfahrenseröffnung nicht sperrt: BGH v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11, ZIP 2011, 2417 = GmbHR 2012, 86.

anknüpft, sondern an den Masseschuldcharakter der Zahlungszusage für Altforderungen. Danach ist eine Anfechtung möglich, wenn die Insolvenzforderung schon im Vorverfahren bezahlt wurde, nicht hingegen mehr, wenn ihre Aufwertung zur Masseschuld bei Verfahrenseröffnung noch bestand und die Zahlung erst – ggfls. zusammen mit Neulieferungen – nach Verfahrenseröffnung erfolgen sollte¹. Die Fragwürdigkeit auch dieser Unterscheidung wird jedoch an dem vom BGH selbst angeführten Beispiel der Besicherung einer Altforderung deutlich. Für sie lässt das Gericht die Anfechtung zu, obwohl die Bestellung einer Sicherheit der Begründung einer Masseverbindlichkeit gleichkommt. Ein Absonderungsrecht ist gleichsam eine verdinglichte Masseschuld². Sinnvoller wäre es deshalb, auch bei der „starken“ vorläufigen Verwaltung ebenso wie bei der „schwachen“ nur danach zu unterscheiden, ob mit der Anfechtung **schutzwürdiges Vertrauen** enttäuscht wird. Dafür aber gilt, dass ein Gläubiger nur sehr eingeschränkt darauf zählen darf, dass seine Insolvenzforderung nach Antragstellung befriedigt wird.

3. Mischformen der vorläufigen Verwaltung

Die „schwache“ vorläufige Verwaltung hat den Nachteil, dass das Initiativrecht für Verfügungen beim Schuldner bleibt und die während des Vorverfahrens begründeten Verbindlichkeiten nach Verfahrenseröffnung nicht mehr als Masseschuld erfüllt werden dürfen, obwohl nicht jeder während der vorläufigen Verwaltung geschlossene Vertrag bis zur Eröffnung vollständig abgewickelt werden kann. Demgegenüber hat die „starke“ vorläufige Verwaltung den Nachteil, dass schon vor einer Entscheidung über die Verfahrenseröffnung massiv in die Eigentümerbefugnisse des Schuldners eingegriffen wird und die mit dem Verwalterhandeln verbundenen Verbindlichkeiten in Bausch und Bogen später Masseschulden werden. Ein Nachteil beider „puristischer“ Alternativen ist überdies, dass Aus- und Absonderungsgegenstände zwar zu sichern sind, aber nur noch genutzt werden dürfen, solange der Schuldner dazu befugt ist. In der Praxis haben sich deshalb Mischformen herausgebildet, die auch als „halbstarke“ Verwaltung bezeichnet werden: Die **Basisanordnung** bleibt die „schwache“ **Zustimmungsverwaltung**, die aber ergänzt wird um **Ermächtigungen auf der Aktiv- und** meist auch auf der **Passivseite** sowie um **Einschränkungen der Sicherungsrechte**. Die Grundlage bildet § 22 Abs. 2 InsO, der dem Insolvenzgericht eine Gestaltungsmöglichkeit einräumt, soweit die einen „starken“ vorläufigen Verwalter zustehenden Befugnisse nicht überschritten werden. Von den Mischformen seien nachfolgend drei besonders häufig vorkommende Erscheinungsformen aufgezeigt:

a) Einzugsermächtigung

Forderungen sind „verderbliche Ware“, da ein Abwarten mit dem Einzug häufig Einwände von Drittschuldnern provoziert. Deshalb wird den Drittschuldnern regelmäßig untersagt, noch an den Schuldner zu zahlen, was einem forderungsspe-

1 BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 164/13, ZIP 2014, 584 Rz. 12 = GmbHR 2014, 417.

2 Das wird insbesondere auch daran deutlich, dass die Verletzung von Absonderungsrechten einen Schadensersatzanspruch als Masseschuld gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO begründet, *Hefermehl* in Münchener Kommentar zur InsO, § 55 InsO Rz. 31.

terdarlehens nicht von § 135 InsO erfasst, was Umgehungen Tür und Tor öffnen würde¹. Allerdings scheint der BGH Pensionsansprüche a priori nicht bei § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO angesiedelt zu sehen. In 2013 hatte er über das Absonderungsrecht an einer Grundschuld zu befinden, die die später insolvent gewordene GmbH für ihren ehemaligen Geschäftsführer und alleinigen Gesellschafter zur Absicherung von dessen Rentenansprüchen bestellt hatte². Als Anfechtungsstatbestand wurde nur § 133 InsO erörtert. § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO erwähnten weder der BGH noch die Kommentatoren dieser Entscheidung³. Eine derartige Exklusivität wird man den Pensionsansprüchen nur mit der Begründung beimessen dürfen, dass die stehengelassenen Vergütungsansprüche nach der **Verkehrsanschauung** eine eigene Kategorie darstellen und sie deshalb trotz der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise **einem Gesellschafterdarlehen nicht entsprechen**⁴.

vacat

7.261–7.280

III. Die verfahrensrechtliche Stellung der Geschäftsführer

1. Verfahrenspflichten

Nach § 97 InsO sind die Geschäftsführer verpflichtet **Auskunft** zu geben (Abs. 1, Rz. 7.283) und den Insolvenzverwalter zu unterstützen (Abs. 2, Rz. 7.289). Ferner sind sie verpflichtet, alles zu unterlassen, was der Erfüllung der Pflichten entgegenstehen könnte (§ 97 Abs. 3 Satz 2 InsO i.V.m. § 101 Abs. 1 Satz 1 InsO). In **Eigenverwaltungsverfahren** folgen die Unterstützungs- und Mitwirkungspflichten der Geschäftsführer aus § 274 Abs. 2 Satz 2 InsO i.V.m. § 97 InsO. Weitere Verfahrenspflichten ergeben sich in der Eigenverwaltung aus §§ 270 Abs. 1, 281 ff. InsO (hierzu im Einzelnen Rz. 9.13 ff.).

7.281

Der Geschäftsführer muss die sich aus § 97 InsO ergebenden Verfahrenspflichten persönlich erfüllen (§ 101 Abs. 1 Satz 1 InsO). Auch wenn **mehrere Geschäftsführer** vorhanden sind, treffen diese Verfahrenspflichten jeden einzelnen von ihnen unabhängig davon, ob der Gesellschaftsvertrag Gesamtvertretung vorsieht⁵. Die verfahrensrechtliche Stellung der Geschäftsführer ergibt sich aus ihrer Organstellung und besteht daher auch nach einer Kündigung des Anstellungsvertrags fort. Die **Gesellschafter** sind hinsichtlich der Erfüllung der sich aus § 97 InsO ergebenden Pflichten gegenüber den Geschäftsführern **nicht weisungsbefugt**⁶. Die Verfah-

7.282

1 Die Anfechtung bei Verrentung bejahend: *Ganter*, VersR 2013, 1078, 1983.

2 BGH v. 7.11.2013 – IX ZR 248/12, ZIP 2013, 2368.

3 U.a. *Huber*, EWiR 2013, 781; *Wazlawik*, NZI 2014, 70.

4 Ganz in diesem Sinn lehnt BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, GmbHR 2013, 464 eine Sonderbehandlung von kurzfristigen Überbrückungskrediten ab. Andererseits gesteht BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZIP 2014, 1491, den Vergütungsansprüchen eines Gesellschafter-Arbeitnehmers aber das Bargeschäftsprivileg innerhalb von dreißig Tagen zu, weil Vergütungsansprüche einer Kreditgewährung nicht ohne Weiteres entsprechen.

5 *Hensler*, ZInsO 1999, 121, 125.

6 *Noack* in Kübler/Prütting, InsO, Sonderband Gesellschaftsrecht, 1999, S. 130 Rz. 304; *Müller*, Der Verband in der Insolvenz, S. 167; *Hirte* in Uhlenbruck, § 11 InsO Rz. 134; *Hensler* in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1283, 1304 Rz. 49; *Hensler*, ZInsO 1999, 121, 126.

renspflichtigen sind höchstpersönlich und bleiben von einer **Privatinsolvenz des Geschäftsführers** unberührt.

a) Auskunftspflicht der Geschäftsführer (§ 97 Abs. 1 InsO i.V.m. § 101 Abs. 1 InsO)

aa) Auskunftsverpflichtete und -berechtigte

7.283 Die **Auskunftspflicht** der Geschäftsführer besteht **gegenüber dem Insolvenzgericht, dem Verwalter und dem Gläubigerausschuss** sowie auf Anordnung des Gerichts auch gegenüber der **Gläubigerversammlung**. Neben den aktuellen Geschäftsführern trifft diese Pflicht gemäß § 101 Abs. 1 Satz 2 InsO auch solche **Altgeschäftsführer**, die nicht früher als zwei Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihre Organstellung verloren haben. **Im Fall der Führungslosigkeit** (dazu Rz. 5.201 ff.) **trifft** gemäß § 101 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 InsO **auch die Gesellschafter eine Auskunftspflicht**. Wem gegenüber der Auskunftsanspruch geltend gemacht wird, hängt von der Effektivität und Praktikabilität ab¹. Dies spricht häufig dafür, zuerst die aktuellen Organmitglieder zu befragen. Gesetzlich geboten ist dies aber nicht².

7.284 Die Pflicht zur Auskunft nach § 97 InsO tritt für die aktuellen Geschäftsführer neben die **Auskunftspflicht gegenüber den Gesellschaftern aus § 51a GmbHG**, die auch während des Insolvenzverfahrens grundsätzlich weiterbesteht. Inhaltlich ist der Informationsanspruch der Gesellschafter nach Verfahrenseröffnung auf den gesellschaftsinternen Bereich beschränkt³. Für Informationen mit Massebezug ist nach herrschender Meinung dagegen der Insolvenzverwalter den Gesellschaftern zur Auskunft verpflichtet⁴.

bb) Gegenstand und Erfüllung der Auskunftspflicht

7.285 Der Auskunftsverpflichtete gibt auf Verlangen Auskunft über **alle rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände**, die in irgendeiner Weise von Bedeutung für das Insolvenzverfahren sein können. Hierzu gehört auch die **Herausgabe von Passwörtern**, die der Verwalter z.B. für den Zugriff auf E-Mail-Korrespondenz benötigt. Die begehrte Information muss nicht zwingend einen Massebezug in dem Sinn haben, dass sie sich auf massezugehöriges Vermögen bezieht, insbesondere können auch Informationen über Aussonderungsrechte verlangt werden. Ebenso müssen die Adressaten der Auskunftspflicht Informationen über Ansprüche mitteilen, die nach §§ 92, 93 InsO vom Verwalter geltend gemacht werden können⁵. Über seine

1 *Hossfeld* in Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rz. 287.

2 *Jungmann* in Karsten Schmidt, § 101 InsO Rz. 12; a.A. *Schilken* in Jaeger, § 101 InsO Rz. 21.

3 *Hillmann* in Münchener Kommentar zum GmbHG, § 51a GmbHG Rz. 89.

4 OLG Hamm v. 25.10.2001 – 15 W 118/01, GmbHR 2002, 163 = NZI 2002, 103; OLG Zweibrücken v. 7.9.2006 – 3 W 122/06, ZIP 2006, 2047 = GmbHR 2006, 1272; *Lutter/Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 51a GmbHG Rz. 5. A.A. BayObLG v. 8.4.2005 – 3Z BR 246/04, ZIP 2005, 1087, 1089 = GmbHR 2005, 1360: Der Anspruch aus § 51a GmbHG trete hinter die verfahrensrechtliche Regelung der Auskunftsrechte zurück.

5 *Wendler* in Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, § 97 InsO Rz. 7; a.A. für Ansprüche, die § 93 InsO unterfallen, *Uhlenbruck* in FS Gerhard Kreft, 2004, S. 54 ff.

eigenen Vermögensverhältnisse und die Realisierbarkeit etwaiger gegen ihn gerichteter Ansprüche muss der Geschäftsführer allerdings keine Angaben machen¹.

Der Geschäftsführer informiert den Insolvenzverwalter mündlich oder schriftlich. Auf Verlangen hat er auch **Unterlagen und Belege** zu ermitteln und herauszugeben². Aus § 97 Abs. 2 InsO kann sich für die Geschäftsführer schließlich auch eine Pflicht ergeben, den Insolvenzverwalter bei der Suche nach weiteren Unterlagen zu unterstützen. Zwar kann sich der Geschäftsführer bei der Auskunftserteilung z.B. durch einen Rechtsanwalt beraten und vertreten lassen. Auskunftspflichtig bleibt aber auch in diesem Fall der Auskunftspflichtige selbst. Etwaige **Kosten der Auskunft** trägt er selbst. 7.286

cc) Verwendungsverbot bei strafrechtlich relevanten Sachverhalten

Die Adressaten der Auskunftspflicht haben gemäß § 97 Abs. 1 Satz 2 InsO i.V.m. § 101 Abs. 1 Satz 1 InsO auch „Tatsachen zu offenbaren, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen.“³ Flankiert wird diese Regel durch ein **strafprozessuales Verwendungsverbot** hinsichtlich der erteilten Auskünfte nach § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO⁴. Das Verwendungsverbot gilt auch in Verfahren nach dem OWiG und umfasst gleichfalls Verfahren gegen Angehörige des Auskunftserteilenden i.S. des § 52 Abs. 1 StPO. Das Verwendungsverbot schließt nicht nur die Verwertung der Aussage selbst aus, sondern gilt auch für solche Beweise, die unter Verwendung der erteilten Informationen erlangt wurden⁵. Die erteilten Auskünfte dürfen also nicht zur Grundlage gezielter Ermittlungen gemacht werden⁶. Eine freiwillige Auskunft löst kein Verwendungsverbot aus. Dieses greift nur, wenn es sich um Auskünfte handelt, die in Erfüllung eines auf § 97 Abs. 1 InsO gestützten Auskunftsverlangens gegeben wurden, und erfasst auch dann nicht solche Informationen, die schon zuvor bekannt waren oder zwingend ohnehin bekannt geworden wären⁷. Informationen, die sich aus dem Insolvenzantrag ergeben, können daher ebenso strafrechtlich verwendet werden wie Unterlagen, die der Auskunftgebende schon vor Verfahrenseröffnung erstellt hatte und die in den Besitz des Verwalters gelangt sind⁸. Ebenso wenig steht § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO einer strafrechtlichen Auswertung der **Geschäftsunterlagen und Handelsbücher** entgegen, selbst wenn diese vom Geschäftsführer ausgehändigt wurden. Diese Unterlagen werden nicht in Erfüllung der Auskunftspflicht nach § 97 Abs. 1 InsO herausgegeben, sondern gemäß der allgemeinen Mitwirkungs- und Unterstützungspflicht nach § 97 Abs. 2 InsO. 7.287

1 BGH v. 5.3.2015 – IX ZB 62/14, GmbHR 2015, 536 = ZIP 2015, 791 Rz. 14.

2 BGH v. 19.1.2006 – IX ZB 14/03, ZInsO 2006, 264.

3 Hierzu Uhlenbruck, NZI 2002, 401 ff.; Bader, NZI 2009, 416 ff.

4 Zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit des Verwendungsverbots vor dem Hintergrund des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare“ BVerfG v. 13.1.1981 – 1 BvR 116/77, BVerfGE 56, 37 = ZIP 1981 361; hierzu Verrel, NStZ 1997, 361.

5 A.A. Bader, NZI 2009, 416, 419.

6 Uhlenbruck, NZI 2002, 401, 403; Kayser in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 97 InsO Rz. 13.

7 LG Stuttgart v. 21.7.2000 – 11 Qs 46/00, NZI 2001, 498; LG Ulm v. 15.1.2007 – 2 Qs 2002/07, NJW 2007, 2056 m. krit. Anm. Schork.

8 BT-Drucks. 12/2443, S. 142; Jungmann in Karsten Schmidt, § 101 InsO Rz. 13; Kayser in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 97 InsO Rz. 16.

dd) Strafbarkeit einer Falschauskunft

- 7.288 Durch eine schuldhaft falsche Auskunft oder ein Verschweigen – z.B. über das Vorhandensein von Vermögensgegenständen – kann sich der Geschäftsführer nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar machen. Ferner kommt eine Strafbarkeit nach § 156 StGB in Betracht, wenn das Gericht gemäß § 98 InsO anordnet, dass der Geschäftsführer an Eides statt zu versichern hat, dass die gemachten Angaben der Wahrheit entsprechen (dazu Rz. 7.293).

b) Allgemeine Unterstützungspflicht (§ 97 Abs. 2 InsO i.V.m. § 101 Abs. 1 InsO)

- 7.289 Nach § 97 Abs. 2 InsO i.V.m. § 101 Abs. 1 InsO sind die Geschäftsführer verpflichtet, den Insolvenzverwalter bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen. Diese allgemeine Unterstützungspflicht trifft **jeden Geschäftsführer persönlich**. Sie ergibt sich aus der Organstellung und nicht aus dem Anstellungsvertrag und besteht daher auch dann, wenn der Anstellungsvertrag gekündigt wurde. **Ehemalige Geschäftsführer und Gesellschafter sind nicht erfasst**, da § 101 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht auf § 97 Abs. 2 InsO verweist.
- 7.290 Die allgemeine Unterstützungspflicht betrifft vor allem Handlungen, die sich nicht in einer Information erschöpfen und die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nur vom Geschäftsführer persönlich vorgenommen werden können. So müssen die Geschäftsführer den Verwalter bei der Inbesitznahme der Masse (§ 148 InsO) beispielsweise dadurch unterstützen, dass sie ihm vorhandene **Schlüssel herausgeben**, auch die **Beratung des Insolvenzverwalters bei der Aufstellung eines Insolvenzplans** nach § 218 Abs. 3 InsO fällt unter § 97 Abs. 2 InsO. In Bezug auf Vermögen, das in solchen Rechtsordnungen belegen ist, in denen das Insolvenzverfahren möglicherweise nicht ohne Weiteres anerkannt wird, sind die Geschäftsführer verpflichtet, den Insolvenzverwalter zu bevollmächtigen, so dass er jedenfalls kraft der Vollmacht über das Auslandsvermögen allein verfügen kann¹. Ebenso sind die Geschäftsführer verpflichtet, **Dritte** (Rechtsanwälte, Steuerberater, Finanzbehörden etc.) **von Geheimhaltungspflichten zu befreien**, wenn der Verwalter von diesen Personen Informationen zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. Ein **Aufwendungsersatz** ist für die Erfüllung der Unterstützungspflicht **nicht vorgesehen**.

c) Insbesondere die Mitwirkung an der Aufstellung des Verzeichnisses der Massegegenstände

- 7.291 Um die Auskunftserteilung nach § 97 Abs. 1 InsO zu erleichtern, kann der Verwalter die (Alt-) **Geschäftsführer bei der Aufstellung des Verzeichnisses der Massegegenstände** nach § 151 Abs. 1 Satz 2 InsO „**hinzuziehen**“, also ihre persönliche Anwesenheit verlangen. Gemäß § 153 Abs. 2 Satz 1 InsO haben die (Alt) Geschäftsführer die Richtigkeit der vom Insolvenzverwalter aufgestellten Vermögensübersicht an Eides statt zu versichern, wenn das Insolvenzgericht dies auf Antrag des Verwalters oder eines Gläubigers anordnet.

¹ BGH v. 18.9.2003 – IX ZB 75/03, ZIP 2003, 2124 = NZI 2004, 21.

d) Durchsetzung der Verfahrenspflichten

Die Geschäftsführer sind verpflichtet, sich jederzeit auf Verlangen des Insolvenzgerichts zur Erfüllung der Pflichten zur Verfügung stellen (§ 97 Abs. 3 Satz 1 InsO i.V.m. § 101 Abs. 1 Satz 1 InsO). Gerichtliche Anordnungen, sich vor Ort bereitzuhalten, sind nur in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit zulässig¹. Solange eine rasche Rückkehr oder eine schriftliche oder fernmündliche Erfüllung der Auskunftspflichten möglich und ausreichend ist, sind solche Anordnungen rechtswidrig².

7.292

Das Insolvenzgericht kann nach § 98 Abs. 1 InsO die **eidesstattliche Versicherung der Auskünfte** der (Alt-) Geschäftsführer bzw. (bei Führungslosigkeit) der Gesellschafter anordnen, um wahrheitsgemäße Aussagen herbeizuführen. Die Anordnung ist nur zulässig, wenn begründete Zweifel an der Ordnungsgemäßheit der Auskünfte bestehen³. Die vorsätzlich falsche Beeidigung ist nach § 156 StGB strafbar.

7.293

Schließlich kann das Insolvenzgericht unter den Voraussetzungen des § 98 Abs. 2 InsO die **Geschäftsführer zwangsweise vorführen oder nach Anhörung in Haft nehmen** lassen.

7.294

Diese Zwangsmittel sind nur zur Erfüllung der Pflichten aus § 97 Abs. 1, 2 InsO statthaft, außerdem gemäß § 153 Abs. 2 Satz 2 InsO, wenn der Schuldner die eidesstattliche Versicherung der Richtigkeit des Verzeichnisses der Massegegenstände verweigert. Anordnung der Vorführung und Erlass eines Haftbefehls haben Beugecharakter und können daher nicht als Sanktionen etwa für das Vernichten von Akten angeordnet werden. Die Anordnung von Haft ist beispielsweise verhältnismäßig, wenn der Geschäftsführer Auskünfte verweigert oder sich der Vorführung entzieht⁴. Für den Erlass eines Haftbefehls und seine Durchsetzung gelten die §§ 802g Abs. 2, 802h, 802j Abs. 1 ZPO entsprechend. Gegen die Anordnung der Haft und gegen die Abweisung eines Antrags auf Aufhebung des Haftbefehls wegen Wegfalls seiner Voraussetzungen ist gemäß § 98 Abs. 3 Satz 3 InsO die sofortige Beschwerde statthaft.

7.295

Zivilrechtlich kann die nicht ordnungsgemäße Erfüllung der Pflichten zum **Schadensersatz nach § 826 BGB** verpflichten⁵.

7.296

2. Verfahrensrechte des Geschäftsführers

Die Geschäftsführer nehmen als Organe der Schuldnerin die dieser im Insolvenzverfahren zustehenden Verfahrensrechte wahr. Hierzu sind sie kraft ihrer Organstellung verpflichtet. Sie unterstehen dem **Weisungsrecht der Gesellschafter**.

7.297

1 *Kayser* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 97 InsO Rz. 33f.

2 LG Göttingen v. 21.8.2000 – 10 T 105/00, ZIP 2000, 2174, 2175; *Jungmann* in Karsten Schmidt, § 97 InsO Rz. 25. Gegen Aufenthaltsanordnungen ist allenfalls die Rechtspflegererinnerung nach § 11 Abs. 2 RpfLG statthaft, LG Göttingen v. 21.8.2000 – 10 T 105/00, ZIP 2000, 2174, 2175.

3 AG Wetzlar v. 3.11.2008 – 3 IN 101/04, NZI 2009, 324.

4 OLG Celle v. 10.1.2001 – 2 W 1/01, NZI 2000, 594; OLG Naumburg v. 24.8.2000 – 5 W 98/00, NZI 2000, 594.

5 OLG Köln v. 28.11.1997 – 20 U 60/97, ZIP 1998, 113.

a) Regelinsolvenzverfahren

- 7.298 **Im Regelinsolvenzverfahren** kommen der schuldnerischen Gesellschaft die folgenden Anhörungs- und Teilnahmerechte sowie **Beschwerderechte** zu, die sie durch den oder die Geschäftsführer ausüben kann.
- 7.299 Die Geschäftsführer können nach § 74 Abs. 1 InsO **an Gläubigerversammlungen teilnehmen**. Im **Berichtstermin** haben sie nach § 156 Abs. 2 InsO darüber hinaus das Recht, zum Bericht des Verwalters Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme der Geschäftsführung besitzt erhebliche Bedeutung für die Entscheidung der Gläubigerversammlung, wie das Verfahren fortzuführen ist. Dennoch besteht für die Geschäftsführer jedenfalls nach §§ 74, 176 InsO **keine Pflicht zur Teilnahme** an Gläubigerversammlungen oder am Prüfungstermin¹. Eine solche Pflicht entsteht nur im Falle einer entsprechenden gerichtlichen Anordnung nach § 97 Abs. 3 Satz 1 InsO (hierzu Rz. 7.292).
- 7.300 Im Prüfungstermin üben die Geschäftsführer für die schuldnerische Gesellschaft das **Recht aus, angemeldeten Forderungen** gemäß § 178 Abs. 1 Satz 2 InsO **zu widersprechen**. Klagt der anmeldende Gläubiger gegen die Gesellschaft auf Feststellung der Forderung nach § 184 InsO, **führen die Geschäftsführer den Feststellungsstreit** als Vertreter der Gesellschaft.
- 7.301 Informationsrechte und Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen gemäß § 158 Abs. 2 Satz 1 InsO für die schuldnerische Gesellschaft vertreten durch die Geschäftsführer insbesondere, wenn es um die **Stilllegung oder die Veräußerung des schuldnerischen Unternehmens** vor dem Berichtstermin geht (Rz. 7.96). Vergleichbare Rechte kommen den Geschäftsführern gemäß § 161 InsO zu, wenn der Insolvenzverwalter eine besonders bedeutsame Rechtshandlung i.S. des § 160 InsO ohne Zustimmung des Gläubigerausschusses vornehmen will. Um Betriebsveräußerungen unter Wert zu verhindern, können die Geschäftsführer beim Insolvenzgericht gemäß § 163 InsO beantragen, dass die Betriebsveräußerung nur mit Zustimmung der Gläubigerversammlung zulässig ist.

b) Eigenverwaltung und Planverfahren

- 7.302 In **Eigenverwaltungsverfahren** verwalten die Geschäftsführer der schuldnerischen Gesellschaft die Masse unter der Aufsicht eines Sachwalters. Ebenso entscheiden die Geschäftsführer nach § 279 InsO über die Ausübung des Wahlrechts nach §§ 103 ff. InsO. Die Insolvenzanfechtung und die Geltendmachung der Haftung nach §§ 92, 93 InsO obliegt allerdings auch in Eigenverwaltungsverfahren nicht den Geschäftsführern des Schuldners, sondern gemäß § 280 InsO dem Sachwalter. Einzelheiten zur Eigenverwaltung in Teil 9.
- 7.303 Auch im **Planverfahren** üben die Geschäftsführer für die Gesellschaft die Verfahrensrechte aus: Zu nennen sind hier neben dem Planinitiativrecht (§ 218 Abs. 1 Satz 1 InsO) das Recht zur Beratung des Insolvenzverwalters bei der Planaufstellung (§ 218 Abs. 3 InsO), das Recht zur Stellungnahme zum vom Verwalter vor-

¹ *Sinz* in Uhlenbruck, § 176 InsO Rz. 17; a.A. für die Teilnahme an Gläubigerversammlungen *Uhlenbruck* in Uhlenbruck, 13. Aufl., § 74 InsO Rz. 7; *Jungmann* in Karsten Schmidt, § 74 InsO Rz. 20; *Depré* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 176 InsO Rz. 2.

gelegten Plan (§ 232 Abs. 1 Nr. 2 InsO) sowie das Recht, die Aussetzung der Verwertung nach § 233 InsO zu beantragen. Ferner sind die Geschäftsführer für die Schuldnerin befugt, am Erörterungs- und Abstimmungstermin (§§ 235 Abs. 3, 241 InsO) teilzunehmen sowie dem Plan nach § 247 InsO zu widersprechen. Gemäß § 253 Abs. 1 InsO können die Geschäftsführer als gesetzliche Vertreter der Gesellschaft Beschwerde gegen den Bestätigungsbeschluss einlegen.

vacat

7.304–7.310

IV. Die gesellschaftsrechtliche Stellung der Geschäftsführer

1. Kompetenzen in Bezug auf massefreies Vermögen

Ob es im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft insolvenzfreies Vermögen geben kann, ist umstritten (Rz. 7.19ff.). Nimmt man dies an, sind die Geschäftsführer hinsichtlich dieser Vermögensgegenstände verwaltungs- und Verfügungsbefugt, unabhängig davon, ob der Anstellungsvertrag gekündigt wurde. 7.311

Gemäß § 85 Abs. 2 InsO kann der Insolvenzverwalter die **Aufnahme eines Rechtsstreits** ablehnen, der zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens anhängig ist und das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen betrifft. Die Ablehnung der Aufnahme bedeutet zugleich eine Freigabe des streitbefangenen Gegenstands¹. Verfahrensrechtlich hat die Ablehnung der Aufnahme die Folge, dass die Prozessführungsbefugnis des Verwalters erlischt und wieder der Schuldner prozessführungsbefugt ist. Entsprechend ist er nach § 85 Abs. 2 Satz 2 InsO (ebenso wie der Gegner) befugt, den Rechtsstreit aufzunehmen. Für die schuldnerische Gesellschaft üben die Geschäftsführer dieses Recht aus, wobei in Verfahren, die dem Anwaltszwang unterliegen, die Aufnahme als Verfahrenshandlung nur von einem Rechtsanwalt vorgenommen werden kann. 7.312

2. Gesellschaftsinterne Kompetenzen der Geschäftsführer

Der Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Vermögens der Gesellschaft auf den Insolvenzverwalter lässt die Rechte der Geschäftsführung unberührt, die sich auf den so genannten gesellschaftsinternen Bereich beziehen. Hierzu gehören insbesondere das Binnenrecht der Gesellschaft betreffende Kompetenzen, wie z.B. die Einberufung der Gesellschafterversammlung gemäß § 49 GmbHG (zu dieser Bestimmung vgl. Rz. 1.124). Auch die Anmeldung von eintragungspflichtigen Umständen, die sich nicht auf die Insolvenzmasse beziehen, wie Satzungsänderungen (§ 54 GmbHG) oder die Abberufung und Neubestellung von Geschäftsführern (§ 39 GmbHG), obliegt trotz der Insolvenzeröff- 7.313

¹ BGH v. 7.12.2006 – IX ZR 161/04, ZInsO 2007, 94, 96; BGH v. 21.4.2005 – IX ZR 281/03, BGHZ 163, 32 = ZIP 2005, 1034; Wittkowski/Kruth in Nerlich/Römermann, § 85 InsO Rz. 19; Schumacher in Münchener Kommentar zur InsO, § 85 InsO Rz. 23; a.A. Windel in Jaeger, § 85 InsO Rz. 144, der dogmatisch zwischen der Ablehnung der Aufnahme als Verfahrenshandlung und der Freigabe als materiellrechtlichem Rechtsgeschäft unterscheiden will. Selbst nach dieser Ansicht wird aber die Ablehnung der Aufnahme regelmäßig eine Doppelnatur haben, so dass sie zur Freigabe führt, wenn die Ablehnung der Aufnahme dem Schuldner mitgeteilt wird.